

Leverandørens varslingsplikter etter NF 07/NTK 07 – konsekvensen av manglende varsel



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer:

543

Leveringsfrist:

26. april 2011

Til sammen 17 996 ord

15.07.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Emne for fremstillingen	1
1.2	Kort om sentrale aspekter ved kontraktene	2
1.2.1	Historikk	4
1.2.2	Partenes plikter og risikoeksponering under kontraktene	4
1.3	Avgrensning av oppgaven	7
1.4	Begrepsbruk	8
1.5	Rettskilder og metode	8
<u>2</u>	<u>ALLMENT OM VARSLINGSPLIKT I KONTRAKTSFORHOLD</u>	<u>12</u>
2.1	Oversikt	12
2.2	Varsel for å unngå erstatningsansvar	13
2.3	Varsel for å beholde rettigheter	14
<u>3</u>	<u>LEVERANDØRENS VARSLINGSPLIKTER ETTER NF 07/NTK 07</u>	<u>18</u>
3.1	Art. 6	18
3.1.1	Art. 6.1	19
3.1.1.1	Hva utløser varslingsplikten?	19
3.1.1.2	Når skal varsel gis?	22
3.1.2	Art. 6.2	24
3.1.2.1	Hva utløser varslingsplikten?	24
3.1.2.2	Når skal varsel gis?	25
3.1.3	Art. 6.3	27
3.1.3.1	Konsekvensen av manglende varsel	27
3.2	Art. 11	32
3.2.1	Hva utløser varslingsplikten?	32

3.2.2	Når skal varsel gis?	33
3.2.3	Konsekvensen av manglende varsel	33
3.3	Art. 16.1	36
3.3.1	Hva utløser varslingsplikten?	37
3.3.2	Når skal varsel gis?	38
3.3.3	Konsekvensen av manglende varsel	40
3.3.4	Er preklusjonsreglene absolutte?	41
3.4	Art. 27	44
3.4.1	Hva utløser varslingsplikten?	44
3.4.2	Når skal varsel gis?	48
3.4.3	Konsekvensen av manglende varsel	48
3.5	Art. 28	51
3.5.1	Art. 28.2	51
3.5.1.1	Hva utløser varslingsplikten?	51
3.5.1.2	Når skal varsel gis?	52
3.5.1.3	Konsekvensene av manglende varsel	53
3.5.2	Art. 28.3	54
3.5.2.1	Hva utløser varslingsplikten?	54
3.5.2.2	Når skal varsel gis?	54
3.5.2.3	Konsekvensen av manglende varsel	55
<u>4</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>57</u>
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>

1 Innledning

1.1 Emne for fremstillingen

Innenfor tilvirkningsretten inneholder de fleste standardkontraktene bestemmelser som slår fast at partene i gitte situasjoner er pålagt å varsle hverandre. Slik varslingsplikt kan for eksempel foreligge der naturaldebitor oppdager feil ved leveransene som han har mottatt fra naturalkreditor, eller der han mener han har krav på tilleggsvederlag. I noen av disse bestemmelsene fremgår det eksplisitt at manglende varsel vil føre til tap av rettigheter eller til erstatningsansvar. Andre bestemmelser er tause om konsekvensen av manglende varsel.

Hovedtema for denne oppgaven er den utstrakte varslingsplikten leverandøren er pålagt etter petroleumskontraktene Norsk fabrikkasjonskontrakt 07 (NF 07) og Norsk totalkontrakt 07 (NTK 07). Sammen med Norwegian Subsea Contract 05 (NSC 05) utgjør disse kontraktene et rammeverk for byggekontrakter og totalkontrakter til offshoreindustrien i Norge. I NF 07 og NTK 07 vil kontraktspartene typisk være selskap og leverandør, der selskapet er den part i kontrakten som bestiller kontraktsarbeidet, mens leverandøren er den part som skal utføre kontraktsarbeidet.

Hovedproblemstillingen i oppgaven er en analyse av de sentrale bestemmelsene i kontraktene der leverandøren pålegges en varslingsplikt, med fokus på hva konsekvensen av manglende varsel vil være. Oppgaven blir dermed en redegjørelse av de sentrale varslingspliktene for leverandøren etter disse kontraktene. Siden NTK 07 er laget over samme lest som NF 07 vil fremstillingen videre hovedsakelig omtale NF 07. NTK 07 vil imidlertid bli referert til dersom denne har avvikende reguleringer fra NF 07, eller hvis det foreligger hensyn bak dens tilblivelse som taler for at man skal tolke en ellers lik ordlyd annerledes.

Oppgaven består av fire deler. I del én vil det redegjøres for sentrale aspekter ved standardkontraktene som skal behandles og analyseres. I oppgavens del to vil bakgrunnsretten bli presentert. Denne delen av oppgaven vil hovedsakelig være en

redegjørelse av hvilke konsekvenser som følger av bakgrunnsretten i de tilfeller der kontraktene er tause om konsekvensene av manglende varsel fra leverandøren. Oppgavens del tre inneholder en analyse av de sentrale bestemmelsene i kontraktene der leverandøren pålegges å varsle selskapet om ulike forhold. Analysen vil ha et tredelt fokus, der blikket rettes mot hva som utløser varslingsplikten, når varsel skal gis og hva konsekvensene av at varsel ikke gis er. Hovedvekten av analysen vil være på NF 07 og NTK 07, men jeg vil også se hen til tilsvarende reguleringer i andre tilvirkningskontrakter der en slik sammenligning er egnet, eller der en slik sammenligning vil illustrere særegenheten ved reguleringen i kontraktene. Oppgavens del fire vil inneholde noen avsluttende bemerkninger.

1.2 Kort om sentrale aspekter ved kontraktene

NF 07 og NTK 07 inneholder et sett standardvilkår som er inngått mellom oljeselskapene Statoil ASA og Norsk Hydro ASA på den ene side og arbeidsgiverorganisasjonen Norsk Industri på den annen side.¹ Kontraktene er således «agreed documents», som kjennetegnes ved at avtalene er utarbeidet i fellesskap mellom representanter for hovedaktørene i bransjen etter omfattende forhandlinger. Man antar at det for slike «agreed documents» eksisterer en grunnleggende balanse mellom partsinteressene i kontrakten.

Partene fremforhandlet i forbindelse med kontraktsvilkårene også protokoller til kontraktene, som blant annet angir standardenes virkeområde. NF 07's protokoll punkt 1.1 slår fast at:

«... Statoil, Hydro og NIs medlemsbedrifter skal benytte NF 07 for alle kontrakter inngått mellom vedkommende oljeselskap og en NI-bedrift som gjelder større oppdrag om fabrikasjon for leveranser til norsk kontinentalsokkel.»

NTK 07's protokoll punkt 1.1 slår fast at:

¹ Norsk Industri er NHOs (Næringslivets Hovedorganisasjon) største landsforening.

«... Statoil og Hydro og NIs medlemsbedrifter forplikter seg til å benytte NTK 07 for alle kontrakter inngått mellom vedkommende oljeselskap og en NI-bedrift som gjelder leveranser inneholdende prosjektering, innkjøp, bygging og eventuelt installasjon (EPC (I) – Engineering, Procurement, Construction (Installation)) til norsk kontinentalsokkel.»

Som det fremgår av protokollutsnittet ovenfor er NF 07 utviklet med sikte på bruk i fabrikkasjonskontrakter (FC), som kjennetegnes ved at det er selskapet, som oftest ved en egen EP-kontrakt², som utfører det alt vesentlige av prosjekteringen. NF 07 brukes imidlertid også i tilfeller der leverandøren selv skal stå for en del av prosjekteringen.³ I fabrikkasjonsforhold leveres som oftest de nødvendige tegninger og spesifikasjoner av selskapet til leverandøren, og leverandørens oppgaver begrenses til å kjøpe inn bulkmaterialer og fabrikkere bygget. Utstyrsmateriell kjøpes gjerne av selskapet under en egen EP-kontrakt.

NTK 07 inneholder en annen type regulering, og er utviklet med sikte på bruk i totalkontrakter (EPC(I)). Denne kontraktstypen kjennetegnes ved at prosjekteringen gjøres til en del av leverandørens ytelse, samtidig som leverandøren også står for innkjøp, bygging og eventuell installasjon av kontraktsgjenstanden. NTK 07 vil også være bedre egnet enn NF 07 i de tilfeller der leverandørens prosjekteringsoppgaver er vesentlige, da NTK 07 blant annet inneholder en egen bestemmelse om leverandørens ansvar og risiko for de tegninger, spesifikasjoner og løsningsforslag han selv har utarbeidet (art. 7).⁴

Valg av kontraktstype vil avhenge av selskapets kontraktsstrategi, som blant annet er avhengig av markedsforholdene og tilbyderliste. I noen tilfeller vil leverandørene ikke være villige til å påta seg EPC(I)-ansvar på grunn av prosjektets kompleksitet og størrelse, og selskapet må benytte seg av mindre fabrikkasjonskontrakter og velger derfor å bruke NF 07 som kontraktsgrunnlag.

² Prosjekterings- og innkjøpskontrakt.

³ Kaasen (2006) s. 138. For et eksempel på dette, se dommen inntatt i Petrius 1997 s. 1 flg. [1993].

⁴ Kaasen (2006) s. 138.

1.2.1 Historikk

Standardisering av fabrikkasjonskontrakter har man hatt siden 1983, med «North Sea Offshore Lump Sum Construction Contract» («MVL/NIFO»), som var den første «agreed document» i bransjen.⁵ Den første NF-standard ble utarbeidet av Hydro, Statoil og Saga på den ene siden og Mekaniske Verksteders Landsforening (MVL)⁶ på den annen, og resulterte i NF 87 som er forgjengeren til dagens NF 07. FC-kontrakter var i begynnelsen nærmest enerådende i bruk på norsk kontinentalsokkel. Det ble imidlertid tidlig i 1990-årene tydelig at kostnadsnivået som var etablert i olje- og gassvirksomheten var for høyt, noe som førte til at oljeselskaper var lite villige til å investere i feltene på norsk kontinentalsokkel. I 1993 tok datidens Nærings- og energidepartement derfor initiativet til en forbedringsprosess der alle aktørene, dvs. myndigheter, oljeselskap og leverandører, deltok. Dette arbeidet ble organisert i norsokprosessen (Norsk kontinentalsokkels konkurranseposisjon).⁷ I 1999 gav så «Kaasen-utvalget» ut NOU 1999:11 «Analyse av investeringsutviklingen på kontinentalsokkelen» hvor man anbefalte partene å utvikle standardiserte kontraktsvilkår løsrevet fra de individuelle kontraktsinngåelsene.⁸ Dette resulterte i at man utviklet totalkontrakten NTK 2000, forgjengeren til dagens NTK 07.⁹ I Åm-utvalgets rapport om tiltak for å øke utvinningen på norsk kontinentalsokkel, som kom ut i september 2010, fremgår det at samarbeidet mellom leverandørindustrien og oljeselskapene i dag som oftest er organisert under nettopp totalkontrakter.¹⁰

1.2.2 Partenes plikter og risikoeksponering under kontraktene

I kjøpsforhold generelt er naturalkreditors plikter minimale under kontrakten. Som oftest er hans eneste plikt å betale kontraktsprisen. Dette bildet blir med en gang mer komplisert i fabrikkasjonssammenheng, der selskapet har en mye mer aktiv rolle under kontraktsgjennomføringen enn hva en kjøper generelt har.

⁵ Nisja (2004) s. 79.

⁶ En av forgjengerne til det som i dag er Norsk Industri.

⁷ NOU 1999:11 punkt 5.1.

⁸ NOU 1999:11 s. 101.

⁹ Ansvar for NORSOK-standardene er i dag overført til Standard Norge.

¹⁰ Rapportens side 35. Se også Knudzon (2003) s. 42.

Selskapets plikter under NF 07 kan generelt deles i tre.¹¹ Selskapet skal for det første «... betale Kontraktsprisen til Leverandøren» jf. art. 20. Selskapet skal videre levere prosjekteringen av kontraktsgjenstanden til leverandøren. Omfanget av selskapets ansvar for prosjektering kan variere mye for den enkelte kontrakt. Selskapet vil imidlertid alltid stå for basisprosjekteringen som foretas tidlig i utbyggingsfasen.¹² Hovedtrekkene av de tekniske løsninger og store deler av byggematerialet bestemmes av selskapet allerede her. Prosjekteringen vil definere hva som er kontraktsmessig ytelse for leverandøren med hensyn til resultat og fremgangsmåte for å nå dette resultatet. Hvis prosjekteringen helt ut skal utføres av selskapet vil prosjekteringen bli et kontraktsgrunnlag, og ikke en kontraktsplikt.¹³ Leverandørens oppgaver begrenses i et slikt tilfelle til å lage rene arbeidstegninger (såkalte «shop drawings»), anskaffe de aktuelle materialer, og bygge det hele slik det kommer til uttrykk i prosjekteringen. For det tredje skal selskapet skaffe til veie og levere diverse naturalytelser/materialer som leverandøren så skal benytte under fabrikasjonsarbeidet.

Det faktum at selskapet har en så aktiv rolle under kontraktsgjennomføringen fører også til et mer komplisert risikobilde enn normalt. Generelt kan man si at risikoen i utgangspunktet trekkes etter funksjonsfordelingen i kontrakten.¹⁴ Etter dette vil selskapet under en FC-kontrakt ha risikoen for at prosjekteringsdokumentasjon og materialer leveres i tide og er riktige, mens leverandøren vil ha risikoen for at arbeidet blir utført i overensstemmelse med prosjekteringsdokumentasjonen. Hvis det da oppstår svikt i fabrikasjonsarbeidet og svikten er en følge av den utforming som prosjektet har fått, vil risikoen for dette i utgangspunktet falle på selskapet. Risikobildet er imidlertid meget forskjellig for leverandøren når man sammenligner hans plikter under en FC-kontrakt med hans plikter under en EPC(I)-kontrakt. I EPC(I)-kontrakter/totalkontrakter vil nemlig leverandøren ha risikoen for grensesnittet mellom prosjekteringen, innkjøp og selve fabrikasjonsaktivitetene.¹⁵ De typiske kontraktsverdier er blitt fem- til tidoblet ved innføringen av totalkontrakter i stedet for de tradisjonelle kontraktstyper.¹⁶ Siden EPC(I)-kontrakter fører til at grensesnittproblemer blir fenomener innenfor

¹¹ Kaasen (2006) s. 137.

¹² Bjelland (1994) s. 14.

¹³ Kaasen (2006) s. 138.

¹⁴ Hagstrøm (1997) s. 81.

¹⁵ NOU 1999:11 s. 39 og Brannsten (2005) s. 260.

¹⁶ NOU 1999:11 s. 39.

leverandørens sfære vil hans risikoeksponering bli meget stor i absolutte tall ved valg av denne kontraktstypen. Leverandørens risikoeksponering er imidlertid begrenset ved at man har tatt inn en bestemmelse i kontraktens art. 32.1 som holder leverandøren skadesløs for selskapets eget indirekte tap.¹⁷ Kontraktens art. 32.2 begrenser også leverandørens ansvar ved at den slår fast at leverandørens samlede ansvar for kontraktsbrudd «...skal være begrenset til 25 % av Kontraktsprisen».¹⁸

Når selskapets og leverandørens roller i stor grad er vevet sammen gir det seg også utslag i at kontraktene inneholder flere varslingsregler for leverandøren enn hva som er normalt i generelle kjøpsforhold. I større tilvirkningskontrakter vil leverandøren være «koblingssentralen» mellom alle de forskjellige informasjonen, materialer, utstyr, aktiviteter og beslutninger som er med på å skulle frembringe kontraktsgjenstanden til selskapet til riktig tid.¹⁹ Det er derfor leverandøren som vil ha den beste forutsetning for å kunne oppdage feil eller utviklingstrekk som man ikke har forutsett, og som derfor har blitt pålagt mange flere varslingsplikter enn hva som er normalt i andre kjøpsforhold.

Kontraktene stiller strenge krav til leverandørens administrasjon, og det er klart at kontraktene ikke passer for bruk der leverandøren ikke kan følge opp de omfattende varslingsplikter han pålegges.²⁰ Det kan stilles spørsmål ved rimeligheten av at leverandøren skal utsettes for så mange varslingsfrister som kan medføre rettighetstap eller erstatningsansvar om han oversitter dem.²¹ Man må imidlertid se varslingsreglene på bakgrunn av hovedformålet de skal tjene: å få levert kontraktsgjenstanden til riktig tid. Ved å bli varslet om uregelmessigheter i kontraktsarbeidet får selskapet muligheten til å ta de grep som trengs for å motvirke forstyrrende elementer i arbeidsfremgangen, slik at man får levert kontraktsgjenstanden til budsjettet tid. De økonomiske konsekvensene av forsinket levering kan være katastrofale for selskapet og dets investorer, og leverandørens risikoeksponering i forbindelse med varslingsreglene må vurderes i forhold til den risiko selskapet utsettes for om man ikke hadde slike varslingsregler. Hensett til selskapets behov for å få levert kontraktsgjenstanden til

¹⁷ Se Kaasen (2006) s. 821 flg. om denne bestemmelsen.

¹⁸ NTK art. 32.2 slår fast at globalansvaret under ingen omstendighet skal overstige NOK 300 millioner kroner.

¹⁹ Kaasen (2009) s. 55-56.

²⁰ NS 8405 pkt. 1 annet ledd slår selv fast at standarden er ment brukt for prosjekter der det er behov for formaliserte varslingsregler med strenge konsekvenser ved unnlatt varslingsregler. NF/NTK har ikke en tilsvarende bestemmelse.

²¹ For begrunnelsen bak at så mange varslingsregler retter seg mot tilvirkeren i petroleumskontrakter se Kaasen (1988) s. 317 flg. og Kaasen (2009) s. 48 flg.

riktig tid og til leverandørens sentrale rolle i fabrikkasjonsprosjekter, kan derfor ikke leverandørens risikoeksponering i forbindelse med varslingsreglene sies å være urimelig.

Et annet viktig formål bak varslingsreglene er at de hjelper til med å få tatt opp og avgjort eventuelle uenigheter underveis i kontraktsarbeidet. I store og langvarige dynamiske prosjekter skjer det så mye underveis at begge parter har interesse i å kontinuerlig avklare om hendelser skal ha konsekvenser for fremdriften eller vederlaget. Ved å innføre preklusive varslingsregler unngår man de fryktede sluttoppgjørene, som uten slike regler kan bli svært store, tunge og innviklede.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Hovedtema for oppgaven er de utstrakte varslingspliktene leverandøren er pålagt etter NF 07 og NTK 07, og konsekvensene av at leverandøren ikke overholder disse.

Leverandøren pålegges etter kontraktene varslingsplikt for en rekke forhold, og det ville sprengte oppgavens rammer å behandle alle bestemmelsene. Oppgaven tar derfor for seg de mest sentrale pliktene slik disse kommer til uttrykk i kontraktens art. 6, art. 11, art. 16, art. 27 og art. 28. Fremstillingen er således avgrenset mot mindre sentrale varslingsplikter i kontraktene.²² Det avgrenses også mot kontraktens regulering av hvordan selskapet skal forholde seg til leverandørens varsel.

I forhold til varslingsreglene kan offshoreentreprise deles opp i tre perioder: perioden før avtaleinngåelse, tilvirkningsperioden fra avtaleinngåelse og frem til levering og perioden etter levering.²³ Det fokuseres i denne oppgaven på leverandørens varslingsplikt under tilvirkningsperioden, og det avgrenses således mot varslingsplikten under de to andre periodene.

²² Det avgrenses blant annet mot leverandørens varslingsplikt etter art. 3.3, art. 5.1, art. 25.2, art. 30.5 og art. 33.1.

²³ Knudzon (2003) s. 48.

1.4 Begrepsbruk

I oppgaven vil uttrykket *fabrikasjonskontrakter* bli brukt som en fellesbetegnelse på kontrakter om tilvirkning av moduler og installasjoner til petroleumsindustrien, inkludert totalkontrakter og subsea-kontrakter.

Uttrykket *manglende varsel* vil bli brukt både om utelatt varsel, varsel som gis for sent og om varsel som ikke oppfyller de formkrav som kontraktene stiller. Uttrykket *varslingsplikt* vil bli brukt om alle tilfeller der leverandøren blir pålagt å varsle selskapet. Dette omfatter da de «ekte» varslingspliktene, men også tilfellene der varslingsplikten egentlig kun er en oppfordring til leverandøren om å varsle om han vil beholde rettigheter som han har under kontraktene.

1.5 Rettskilder og metode

Det gjør seg gjeldende spesielle tolknings- og utfyllingsfaktorer for de problemer som skal drøftes i den videre fremstilling. Den alminnelige lære om avtaletolkning vil det ikke være noen grunn til å gå inn på, oppmerksomheten vil her rettes mot de faktorer med særlig betydning for fabrikasjonskontrakter.

Det slås fast i NF art. 37.1 at kontrakten skal «...være undergitt og fortolkes i samsvar med norsk rett.» Det er sikker rett at standardkontrakter må tolkes i samsvar med norsk tolkelære for øvrig.²⁴ Etter norsk tolkelære skal ordlyden tillegges stor vekt når man tolker forretningsmessige avtaler utformet av parter med stor profesjonell kompetanse.²⁵ Når man tolker standardkontrakter vil kontraktens ordlyd komme enda mer i forgrunnen fordi det nærmere innholdet av kontraktvilkårene i liten grad vil ha tilknytning til det individuelle partsforholdet.²⁶ Man ligger således ved tolkningen av «agreed documents» nærmere lovtolkning enn kontraktstolkning.²⁷ Høyesterett har også uttalt at det ved tolkningen av ordlyden i standardkontrakter ikke kun må legges vekt på en objektiv fortolkning av ordlyden, men at bestemmelsenes ordlyd også må leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.²⁸ At kontraktene som tidligere

²⁴ Nisja (2004) s. 12.

²⁵ Om begrunnelsen for dette, se uttalelser i dommene inntatt i Rt. 1994 s. 581, Rt. 2000 s. 806, Rt. 2002 s. 1155 og Rt. 2003 s. 1132.

²⁶ Krüger (1989) s. 516.

²⁷ Nisja (2004) s. 12.

²⁸ Se bla. uttalelser i dommen inntatt i Rt. 2010 s. 961 premiss 44.

nevnt er «agreed documents», og derfor må antas å inneholde balanserte kontraktvilkår, vil også få betydning for tolkningen.²⁹

Vilkårene i NF 07 og NTK 07 støtter seg til en bakgrunnsrett i større grad enn det som ellers har vært vanlig for fabrikkasjonskontrakter.³⁰ Grunnen til dette kan være at dette er norskutviklede kontrakter som er mye mindre detaljerte enn de angloamerikanske kontraktene som tidligere har vært brukt i fabrikkasjonsbransjen. For de spørsmålene som ikke er løst i kontraktene kan derfor løsningen finnes ved hjelp av tolkning eller ved hjelp av utfylling fra bakgrunnsretten. Bakgrunnsretten kan hevdes å være forskjellig for kontraktene.³¹ Man må derfor først avgjøre hva som er relevant bakgrunnsrett, og så om det overhodet åpnes for å utfylle kontraktene med denne bakgrunnsretten.

Det faktum at dette er meget omfattende standardkontrakter taler mot at man skal kunne utfylle dem med bakgrunnsretten. Kontraktene lar imidlertid flere spørsmål om konsekvensen av manglende varsel fra leverandøren stå uløst. Det må derfor være adgang til å foreta en utfylling med gjeldende bakgrunnsrett i disse tilfellene, all den tid spørsmålet ikke er uttømmende regulert i kontraktene.³²

Et aktuelt spørsmål i så henseende er om NF 07 og NTK 07 vil være undergitt de deklarasjoniske reglene i kjøpsloven (kjl.).³³ Det avgjørende vil være innholdet av den enkelte kontrakt. Begge kontraktene regulerer oppdrag om tilvirkning, og kjøpsloven gjelder i utgangspunktet for tilvirkningskjøp, men ikke i de tilfeller der selskapet skal «skaffe en vesentlig del av materialet» til leverandørens tilvirkning, jf. kjl. § 2 første ledd første punktum. Bakgrunnen for dette unntaket ligger i den tradisjonelle definisjonen av kjøp som overføring av eiendomsrett til formuesgode.³⁴

²⁹ Se bla. Krüger (1989) s. 457, Simonsen (1999) s. 312 og Kaasen (2006) s. 872.

³⁰ Kaasen (2006) s. 21.

³¹ Høeg-Rasmussen (2005) s. 69.

³² Kaasen (2006) s. 50.

³³ Mestad (1991) s. 235 og Kaasen (2006) s. 52 mener kjøpsloven gjelder som bakgrunnsrett for NF/NTK. Motsatt Borchsenius (1989) s. 14.

³⁴ Mestad (1991) s. 232.

I praksis skaffer selskapet ofte deler av materialet og utstyret som skal benyttes i kontraktsgjenstanden på grunn av dets ønske om standardisering, kortest mulig leveringstid og fordi det som en stor aktør i markedet kan utnytte posisjonen sin til å oppnå bedre priser.³⁵ I avgjørelsen av om selskapet skal «skaffe en vesentlig del av materialet» kan det imidlertid være vanskelig å nærmere klarlegge hva kjøpsloven legger i uttrykket «skaffe». Kontraktenes vanlige system er at selskapet nær sagt aldri anskaffer bulkmaterialer, men kun anskaffer utstyr. Problemet i forhold til lovens ordlyd oppstår når utstyrskontraktene som selskapet har inngått overføres til leverandøren, eller de tilfeller der leverandøren pålegges å bruke en rammeavtale inngått av selskapet når utstyr skal bestilles. Det avgjørende i forhold til om selskapet «skaffer» materialene i slike tilfeller må være om selskapet overfor leverandøren har risikoen for leveransen.³⁶ I tillegg må man vurdere om selskapets anskaffelser er «vesentlig». Ifølge kjøpslovens forarbeider må avgjørelsen av hva som er en «vesentlig del» av materialet «...bero på [en] samlet vurdering av det enkelte tilfelle, der ikke bare den økonomiske verdien, men også materialenes funksjonelle betydning må tas i betraktning.»³⁷

All den tid kjøpslovens regler er deklarasjonelle og viker for partenes avtale og handelbruk jf. kjl. § 3 er dette imidlertid av mindre praktisk betydning, da etablert praksis mellom partene og kontraktstradisjon ved kontrahering av offshoreinstallasjoner kan være like sentralt som kjøpslovens regler.³⁸ Kjøpsloven vil imidlertid kunne være relevant fordi loven ofte gir uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og ulovfestet rett.³⁹ Kjøpsloven vil derfor være en viktig del av kontraktens bakgrunnsrett, selv om den ikke vil være direkte anvendelig. Men i de tilfeller der man skal utlede løsninger på bakgrunn av kjøpslovens reguleringer må man ha i bakhodet at reglene i enkelte tilfeller kan passe dårlig idet de er utformet med sikte på helt andre typer kontraktsforhold enn fabrikkasjonskontraktene.⁴⁰

³⁵ Kaasen (2006) s. 51.

³⁶ Kaasen (2006) s. 52.

³⁷ Ot. Prp. Nr. 80 (1986-1987) s. 49.

³⁸ Kaasen (2006) s. 53.

³⁹ Knudzon (2003) s. 43.

⁴⁰ Tapper (1983) s. 83.

Da kontraktene har blitt brukt over lengre tid, og således gitt utslag i en nokså ensartet kontraktspraksis på offshoreområdet, vil det ofte være mer nærliggende å søke innen denne gruppen kontrakter når den enkelte kontrakt ikke gir løsningen på et spørsmål, enn hva det vil være å basere seg på løsninger fra kjøpsrettens område.⁴¹ De spørsmål som oppstår i de tilfeller leverandøren ikke overholder sin varslingsplikt etter kontraktene vil også kunne oppstå i andre typer langsiktige tilvirkningsoppdrag som landentreprise og skipsbygging. Løsningene i andre standardkontrakter vil derfor kunne ha rettskildemessig betydning for de spørsmål som oppstår under NF 07 og NTK 07.

Det eksisterer en del underrettspraksis og ekspertavgjørelser avsagt i forbindelse med tvister mellom parter under NF/NTK, som i tilknytning til kontraktene vil kunne ha rettskildemessig vekt. En del av disse avgjørelsene ble i en periode publisert i tidsskriftet *PetrIus*, som mellom 1995 og 1999 gav ut disse i anonymisert form.

Juridisk teori vil som ellers i kontraktsretten også kunne bidra til å kaste lys over problemstillingene som dukker opp under arbeidet med kontraktene. Av relevant litteratur er Knut Kaasens kommentar til NF 05 og NTK 05 sentral, og ansett som hovedverket for jurister som jobber med offshorekontrakter. Se ellers litteraturlisten bakerst i oppgaven for en oversikt over hvilken litteratur jeg har benyttet i arbeidet med oppgaven.

⁴¹ Kaasen (2006) s. 53.

2 Allment om varslingsplikt i kontraktsforhold

2.1 Oversikt

I kontraktsforhold kan det oppstå flere ulike situasjoner der naturaldebitor må varsle sin motpart om et eller annet forhold. Når man analyserer virkningen av brudd på disse varslingspliktene er det vanlig å skille mellom to ulike hovedgrupper varslingsplikter basert på hovedformålet med varselet.⁴²

For det første har man tilfeller der varselets hovedformål er å gjøre mottakeren oppmerksom på forhold som kan virke forstyrrende på gjennomføringen av avtalen. Varselet vil her kunne inneholde opplysninger som mottakeren må legge vekt på i sin planlegging og disponering av ressurser, slik at mottakeren for eksempel kan unngå et økonomisk tap.⁴³

Varslingsplikten vil i slike tilfeller være en kontraktsrettslig biforpliktelse, og manglende varsel vil kunne utgjøre kontraktsbrudd for naturaldebitor, som vil kunne medføre erstatningsansvar. Denne varslingsplikten kan være regulert i avtaleforholdet mellom partene slik den er for NF/NTK, eller den kan være en forpliktelse som ikke fremgår av avtaledokumentet. Sett fra naturaldebitors ståsted vil varsling i et slikt typetilfelle være den forsvarlige handlemåte for å oppfylle sine kontraktsforpliktelser, og således være nødvendig for å *unngå erstatningsansvar*.

For det andre har man situasjoner der varselets hovedformål er å bevare eller gjøre gjeldende en rettsposisjon for varsleren. Dette kan være tilfellet der naturaldebitor har krav på tilleggsvederlag, og der varselet vil medføre at han opprettholder sin rett. Manglende varsel vil i et slikt tilfelle medføre at naturaldebitor mister sin rett til å gjøre gjeldende en posisjon som han ellers ville ha under kontrakten. Dette kan enten fremgå av kontrakten der varslingsplikten fremstår som preklusiv, eller bortfallet kan følge av bakgrunnsretten. Grunnen til at naturaldebitors rettigheter faller bort kan forklares ut fra ulike vinklinger, men fellesnevneren er at bortfallet kan unngås om man varsler om at

⁴² Slik også Mestad (1991) s. 306 og Kaasen (2006) s. 589.

⁴³ Mestad (1991) s. 306.

man vil gjøre gjeldende sin rettighet. Sett fra naturaldebitors ståsted vil varsling i et slikt typetilfelle hjelpe ham *beholde rettigheter*.

Manglende varsel vil imidlertid ikke automatisk få konsekvenser. Naturalkreditor må i alle tilfeller påberope seg naturaldebitors manglende varsel dersom han ønsker å gjøre gjeldende virkningene av dette. Prosessrettslig følger dette av disposisjonsprinsippet.⁴⁴

Varsler er «påbud», noe som betyr at den alminnelige avtalerettslige påbudsregel i avtl. § 7 gjelder. Etter denne bestemmelsen vil meddelelsen være bindende, og varsel anses å være gitt, når det er «kommet frem» til adressaten.⁴⁵ Det er med andre ord ikke avgjørende at mottakeren faktisk har gjort seg kjent med varselet. Varsel etter NF/NTK må også oppfylle formkravene som fremgår av art 36.1. Bestemmelsen stiller krav både til adressat og til skriftlighet. Disse formkravene vil ikke bli behandlet videre i oppgaven, men i utgangspunktet må alle varsler oppfylle disse formkravene.⁴⁶

Jeg vil nå videre gjennomgå de to ulike hovedgruppene av varslingsplikter for å gjøre rede for hvilke løsninger som følger av bakgrunnsretten i de tilfeller der kontraktene er tause om konsekvensene av manglende varsel.

2.2 Varsel for å unngå erstatningsansvar

I de tilfellene der naturaldebitor må varsle sin motpart fordi motparten står i fare for å kunne påføres et tap hvis han ikke får kunnskap om de aktuelle forhold, er varslingsplikten ofte et utslag av lojalitetsbetraktninger. I norsk rett er det antatt at det i kontraktsforhold eksisterer en grunnleggende lojalitetsplikt mellom partene.⁴⁷

Lojalitetsplikten mellom kontraktspartene kan gi grunnlag for plikter til å gjøre, tåle eller unnlate noe. Lojalitetsplikten kan etter forholdene blant annet innebære en plikt for partene til å varsle om forhold som kan virke forstyrrende på gjennomføringen av avtalen.⁴⁸

⁴⁴ Barbo (1997) s. 229 og Monsen (2010) s. 196.

⁴⁵ Woxholth (2009) s. 85.

⁴⁶ Kaasen (2006) s. 863. Det kan imidlertid ikke oppstilles en *generell* regel om at varsel ikke skal anses gitt når det ikke fyller kravene til skriftlighet og kompetent avgiver og mottaker, se Kaasen (2006) s. 868.

⁴⁷ Nazarian (2007) s. 29 flg., Simonsen (1997) s. 157 med flere referanser.

⁴⁸ Nazarian (2007) s. 210 og Simonsen (1999) s. 328.

Dette har kommet til uttrykk i kjøpslovens § 28, som pålegger naturaldebitor i de tilfeller der han hindres i å oppfylle kjøpet i rett tid å gi naturalkreditor melding om hindringen og dens virkning på muligheten for å oppfylle. Konsekvensen av brudd på denne varslingsplikten er at naturaldebitor kan bli erstatningsansvarlig for naturalkreditors «... tap som kunne vært unngått om han hadde fått meldingen i tide.» Det følger av dette at naturaldebitor ikke vil kunne bli ansvarlig for tap som ville ha oppstått uavhengig av om varsel ble gitt eller ikke.

Dette prinsippet var allerede slått fast av Høyesterett i dommen inntatt i Rt. 1938 s. 602 «Blårevdommen». Et norsk selskap solgte blårev fra USA, og skulle levere et parti fob New York høsten 1930. Partiet skulle via Sverige til Norge, men ble nektet innført i Sverige på grunn av at det var sykdomsinfisert. Selger varslet ikke kjøper om at blårevpartiet var sykdomsinfisert, selv om han burde ha oppdaget dette før avskipning av partiet, og selv om han burde visst at kjøper kom til å avvise partiet når han mottok det. Kjøper pådrog seg utgifter i forbindelse med transporten av revene til Norge, og krevde erstatning fra selger for disse utgiftene. Selger ble her ansett for uaktsomt å ha tilsidesatt det alminnelige lojalitetskrav som eksisterer i avtaleforhold. Han ble derfor dømt til å betale erstatning for de påløpte omkostningene som kjøper hadde pådratt seg.

Regelen etter bakgrunnsretten må etter dette derfor være at manglende varsel fra naturaldebitor om forhold som kan virke forstyrrende på gjennomføringen av avtalen kan medføre erstatningsansvar i de tilfellene der motparten kunne ha unngått tap om han hadde blitt varselet i tide.

2.3 Varsel for å beholde rettigheter

I de tilfellene der varsel fra naturaldebitor hjelper ham å *beholde rettigheter*, er varslingsplikten ofte et utslag av at rettigheter med tiden kan bortfalle eller foreldes. Ved å varsle sin motpart om at man vil gjøre sine rettigheter gjeldende vil imidlertid den varslende part unngå å tape sine rettigheter.

En del kontrakter inneholder preklusive varslingsfrister der det klart fremgår av kontrakten at manglende varsel vil medføre bortfall av rettigheter. Fremgår det ikke av varslingsfristen at denne er preklusiv, vil imidlertid ikke bortfall skje umiddelbart etter at fristen er løpt ut. Det vil da bero på alminnelige kontraktsrettslige regler om naturaldebitors rettigheter skal anses bortfalt.⁴⁹ Det er mange ulike regler som utgjør bakgrunnsretten for denne hovedgruppen av varslingsregler. Felles for disse reglene er at de sjeldent gir faste holdepunkter for når krav bortfaller.⁵⁰ Jeg vil i det følgende kort redegjøre for de ulike bortfallsgrunnene som etter bakgrunnsretten gir grunnlag for en varslingsplikt for naturaldebitor.

For det første kan man tolke den *utviste passivitet som et dispositivt utsagn* om at man ikke kommer til å påberope seg sin rettighet. Her blir partens passive opptreden tillagt en avtalerettslig løftevirkning; parten har ved sin passive opptreden gitt avkall på sin rettighet. Rettsvirkningen som man tillegger passiviteten kan unngås ved at naturaldebitor varsler om at han vil gjøre sin rettighet gjeldende. Regelen ifølge juridisk teori er at utvist klanderverdig passivitet, under forhold som måtte gi den annen part rimelig grunn til å gå ut fra at retten ikke ville bli gjort gjeldende, kan medføre bortfall av rettigheter. Dersom det regnes som utilbørlig at retten ikke er gjort gjeldende på et tidligere tidspunkt vil retten anses forspilt.⁵¹ Som nevnt ovenfor er dette en av reglene som gir få holdepunkter for *når* det må varsles for å avbryte bortfallsvirkningene.

For det andre kan rettstap oppstå på bakgrunn av *ulovfestede passivitetsprinsipper*. Det er anerkjent i norsk juridisk teori i dag at det eksisterer passivitetsprinsipper som virker uavhengig av det avtalerettslige syn på partenes opptreden.⁵² Ved anvendelsen av ulovfestede passivitetsprinsipper foretar rettsanvenderen en helhetsvurdering av partenes opptreden der viktige momenter er tiden som har gått, eventuell klanderverdig opptreden, beskyttelsesverdige interesser og innrettelse fra debtors side.⁵³ Også i et slikt tilfelle vil bortfallsvirkningen som man tillegger passiviteten unngås ved at naturaldebitor varsler om at han vil gjøre sin rettighet gjeldende.

⁴⁹ NS 8406 inneholder flere varslingsregler, men ved manglende varslingsfrist henvises det i pkt. 3 kun til «norsk retts vanlige regler», slik at tap av rettigheter må vurderes på bakgrunn av bakgrunnsretten som det redegjøres for her.

⁵⁰ Kaasen (1988) s. 318.

⁵¹ Hagstrøm (2003) s. 778.

⁵² Se bl.a. Hagstrøm (2003) s. 351.

⁵³ Se bl.a. Knoph (1936) s. 240-241.

En rettighet kan også falle bort på grunn at rettigheten *foreldes*. For at en rettighet skal foreldes må det imidlertid foreligge en lovhjemmel.⁵⁴ Foreldelse er i dag regulert ved den alminnelige foreldelseslov 18. mai 1979 nr. 18. Etter denne er blant annet «fordring på penger» gjenstand for foreldelse. Begrepet omfatter erstatningskrav og krav på pengevederlag i alle salgs kontraktsforhold. Eiendomsrett og andre tinglige rettigheter regnes imidlertid ikke som fordringer i motsetning til obligatoriske rettigheter, og foreldes derfor ikke.⁵⁵ Foreldelsesfristen er i alminnelighet tre år. Foreldelse kan imidlertid avbrytes dersom kreditor «tar rettslige skritt» til å få fastsettelsesdom for kravet, eller til å få fullbyrdsdom eller tilsvarende rettslig avgjørelse vedrørende kravet, jf. lovens § 15 nr. 1. Dette vil være det mest vanlige skrittet for en kreditor i et kontraktsforhold. Det vil med andre ord ikke være nok å varsle sin motpart om at man vil gjøre sin rettighet gjeldende, om motparten da ikke «erkjenner forpliktelsen» jf. lovens § 14. Varselet må være et «rettslig skritt» for at det skal ha fristavbrytende virkning, eksempelvis ved inngivelse av forliksklage eller ved stevning til retten, jf. lovens § 15 nr. 2 litra a.⁵⁶

Varslingsplikten kan også oppstå for naturaldebitor i de tilfeller der det foreligger grunn til å *reklamere*. En reklamasjon er en form for varsel, og er et rettsbevarende utsagn. Man skiller mellom absolutte og relative reklamasjonsfrister. Absolutte reklamasjonsregler kan ikke oppstilles uten hjemmel i lov, avtale eller sedvane da disse er så positivrettslige av natur.⁵⁷ Det er i alminnelighet heller ikke anledning til å supplere lovgivningens reklamasjonsregler med ulovfestede regler om relativ reklamasjonsfrist.⁵⁸ Faller imidlertid kontraktene utenfor kjøpslovens virkeområde, er det klart at det må kunne oppstilles en ulovfestet relativ reklamasjonsfrist. Det kan da på bakgrunn av ulovfestede reklamasjonsregler oppstilles en regel om at naturaldebitor må varsle sin motpart innen rimelig tid etter at han har oppdaget eller burde ha oppdaget en mangel om han vil unngå rettstap.⁵⁹ Reklamasjonsfristen vil løpe parallelt og uavhengig av foreldelsesfristen, og bortfall av rettigheten vil skje etter det regelsett som kommer

⁵⁴ Hagstrøm (2003) s. 739.

⁵⁵ For mer om sontringen mellom obligatoriske og tinglige rettigheter, se Hagstrøm (2003) s. 27 flg.

⁵⁶ Se Hagstrøm (2003) s. 739 flg. for en utførlig redegjørelse av foreldelsesreglene.

⁵⁷ Hagstrøm (2003) s. 348 og Monsen (2010) s. 184.

⁵⁸ Monsen (2010) s. 186.

⁵⁹ For en utførlig redegjørelse av reklamasjonsreglene, se bl.a. Monsen (2010) s. 147 flg.

først i tid. Det må imidlertid være klart at grov skyld eller ond tro hos naturalkreditor i slike tilfeller vil utelukke at han kan påberope seg for sen reklamasjon som grunnlag for bortfall av naturaldebitors rettigheter, se eksempelvis kjl. § 33 og bustadoppføringslova § 30 som er utslag av dette alminnelige prinsipp.

Regelen etter bakgrunnsretten må etter dette derfor være at manglende varsel fra leverandøren om at han vil gjøre sine rettigheter gjeldende kan medføre rettighetstap. Hvor lang tid leverandøren vil ha på seg vil avhenge av hvilken av bortfallsgrunnene som man mener regulerer forholdet.

3 Leverandørens varslingsplikter etter NF 07/NTK 07

3.1 Art. 6

Artikkel 6 gjelder i de tilfeller der selskapet svikter i sin leveranse av de bidrag som det skal tilveiebringe etter kontrakten. Dette vil si at bestemmelsen gjelder det prosjekteringsmateriale og utstyr som selskapet skal levere. Leverandøren pålegges etter artikkel 6 en undersøkelsesplikt for disse ytelsene, og der undersøkelsen leder til funn av mangler eller uoverensstemmelser pålegges leverandøren å varsle selskapet om dette innen visse frister. Ved å bli varslet om mangler eller uoverensstemmelser ved sine ytelser får selskapet muligheten til rette opp i disse og å unngå tap som kunne oppstått om slikt varsel ikke hadde blitt gitt. Leverandørens varslingsplikt etter art. 6 må derfor plasseres i gruppen av varsler som for leverandøren skal hjelpe ham *unngå erstatningsansvar*.

Utgangspunktet er som nevnt innledningsvis at partenenes risiko fordeles etter funksjonsfordelingen i kontrakten. NTK art. 6.1 slår også selv fast at selskapet er ansvarlig for mangler og uoverensstemmelser som avdekkes. Artikkel 6 flytter imidlertid risikoen for mangler eller uoverensstemmelser over på leverandøren i de tilfeller der han ikke overholder sin undersøkelses- og varslingsplikt.

Bestemmelsen er et utslag av praktiske forhold; leveranse av prosjekteringsdokumentasjon og materialer skjer ofte direkte til leverandøren fra sideordnede leverandører. Ytelsene er dermed ikke innom selskapet, som således ikke selv har muligheten til å gjennomgå disse før leverandøren mottar de. En gjennomgang av selskapets leveranser med påfølgende varslingsplikt i tilfelle man oppdager mangler eller uoverensstemmelser ville også ha fulgt av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.⁶⁰ Ved å kontraktsfeste denne plikten skaper imidlertid kontraktene mer klarhet om de grunnleggende spørsmål om ansvar og risikofordeling mellom partene i slike situasjoner.

⁶⁰ Slik også Marthinussen (2010) s. 291 om den tilsvarende bestemmelsen i NS 8405.

Art. 6 gjelder kun kontroll med de kvalitetsmessige sider ved selskapets ytelser. I de tilfeller der ytelsene er forsinket vil det være de generelle bestemmelsene i art. 11 og 27 som vil regulere leverandørens varslingsplikt, se om disse bestemmelsene nedenfor.

Oppdager leverandøren mangler eller uoverensstemmelser ved selskapets leveranser vil dette ofte ha form av kontraktsbrudd fra selskapets side. Selskapets kontraktsbrudd reguleres av kontraktens art. 27. Etter denne bestemmelsen har leverandøren på visse vilkår krav på justering av fremdriftsplanen og/eller kontraktsprisen i henhold til reglene i kontraktenes art. 12-16. Det er imidlertid en forutsetning for justering av fremdriftsplan og/eller kontraktspris etter art. 27 at leverandøren har oppfylt sine forpliktelser etter art. 6. Det er derfor et nært samspill mellom art. 6 og art. 27, og en viss felles behandling vil derfor være hensiktsmessig i den videre fremstilling. Art. 27 vil imidlertid bli presentert i sin helhet i oppgavens del 3.4.

Artikkel 6 er delt i fire. Art. 6.1 og 6.2 inneholder vilkårene for når leverandøren må varsle og gjelder henholdsvis undersøkelses- og varslingsplikten for selskapets prosjekteringsmateriale og for selskapets materialer/utstyr. Det er art. 6.3 som angir virkningene av manglende varsling etter art. 6.1 og 6.2. Bestemmelsene behandles i den rekkefølgen de har i kontraktene i det følgende. Det avgrenses videre mot bestemmelsene i art. 6.4 om selskapets plikter når det mottar varsel fra leverandøren.

3.1.1 Art. 6.1

3.1.1.1 Hva utløser varslingsplikten?

Etter art. 6.1 skal leverandøren «... søke etter mangler og uoverensstemmelser i Tegninger og Spesifikasjoner.» For NTK 07 er gjenstanden for leverandørens undersøkelsesplikt «Selskapets Dokumenter». Det er for begge kontraktene prosjekteringsmaterialet som leverandøren mottar fra selskapet det siktes til. Denne undersøkelsesplikten vil således ikke bli særlig omfattende for EPC(I)-kontrakter, da prosjekteringen her gjøres til en del av leverandørens ytelse.

Det følger av art. 2.1 at undersøkelsesplikten gjelder dokumenter som inngår i kontraktens Vedlegg E: Spesifikasjoner, eller Vedlegg F: Tegninger.

Undersøkelsesplikten for NTK gjelder dokumentene inntatt i Vedlegg E: Selskapets Dokumenter. Etter art. 2.2 vil dette også omfatte endringer og tillegg som selskapet foretar i løpet av kontraktsperioden. Slike endringer vil ofte finne sted da man vanligvis starter bygging av kontraktsgjenstanden før selve prosjekteringen er ferdig. I tillegg går det ofte lang tid fra kontraktsinngåelse til levering. Bidrag fra planleggere, myndigheter og naturen selv vil i denne perioden kunne påvirke hvilke krav man skal stille til kontraktsgjenstanden, og vil kunne medføre endringer i prosjekteringsmaterialet.

Leverandørens varslingsplikt vil etter art. 6.1 bli utløst hvis leverandøren ved sine undersøkelser oppdager «mangler eller uoverensstemmelser» ved tegningene eller spesifikasjonene. Det sentrale for når varslingsplikten oppstår er da hva som ligger i ordlyden «mangler eller uoverensstemmelser». En naturlig forståelse er at ordlyden henviser til kontraktens krav til selskapets ytelse. Er det da kun kontraktsbrudd som omfattes av ordlyden? Etter art. 27.1 annet ledd jf. art. 27.2 vil kontraktsbrudd være «mangelfull oppfyllelse av ytelser». Ordlyden her er ganske lik den man finner i art. 6.1. Dette kan tale for at det kun er kontraktsbrudd som gir seg til kjenne under undersøkelsen som vil utløse varslingsplikten for leverandøren. Sett hen til formålet bak undersøkelsesplikten som leverandøren er pålagt etter art. 6.1 kan imidlertid ikke et slikt standpunkt opprettholdes. Også feil i faktiske opplysninger eller hensiktsmessigheten ved et arrangement som selskapet har overlevert må kunne utløse varslingsplikten, selv om dette ikke er kontraktsbrudd.⁶¹

Ulike varslingssituasjoner kan oppstå. For det første kan det forligge uoverensstemmelser mellom leveransene, for eksempel hvis en tegning sier noe annet enn en spesifikasjon. I slike tilfeller vil prioritetsbestemmelsen i art. 2.3 være med å avgjøre hvilke av de to motstridende leveransene leverandøren skal forholde seg til. Men det følger av formålet med art. 6.1 at leverandøren like fullt må varsle selskapet der han oppdager slike uoverensstemmelser, slik at selskapet får informasjon om

⁶¹ LOGIC cl. 7.1 nevner uklarheter eller tvetydigheter («errors, deficiencies, omissions, contradictions or ambiguities») som en form for mangel eller uoverensstemmelse, og gir derfor klarere holdepunkter for hva som utløser varslingsplikten enn hva NF/NTK gjør.

situasjonen og kan ta standpunkt til om man vil sende leverandøren nytt prosjekteringsmateriale.

Uoverensstemmelsene kan også bestå i kollisjoner (såkalte «clashes») i tegningsmaterialet, altså der de foreslåtte løsningene teknisk ikke går overens. Dette forekommer ganske ofte, se eksempelvis dom av 17. juni 1993 fra Stavanger byrett, der leverandøren ved sin undersøkelse oppdaget 1103 kollisjoner og andre uoverensstemmelser vedrørende tegningene som ble oversendt fra selskapet.⁶²

For det andre kan det være noe galt med selve leveransen – spesifikasjonen inneholder for eksempel feilkalkulasjoner eller ventilene som blir levert er ubrukelige. Når leveransene etter sitt eget innhold ikke er egnet til å bidra til det ønskede sluttresultat er det klart at det oppstår en varslingsplikt for leverandøren.

Et annet spørsmål er hvor *omfattende* leverandørens undersøkelsesplikt skal være. Skal leverandøren for eksempel utføre krevende kvalitetskontroller av prosjekteringsmaterialet? Det er selskapet med sin ekspertise som har utarbeidet materialet, ofte med en tredjeparts verifikasjon fra Veritas eller lignende. Leverandøren må derfor til en viss grad kunne gå ut fra at materialet ikke er mangelfullt. Svaret vil ellers måtte bli forskjellig fra kontrakt til kontrakt. Gjelder kontrakten en enkel sammensetningsoperasjon må det stilles mindre krav til leverandørens undersøkelsesplikt vedrørende fagverkkonstruksjoner enn om kontrakten gjelder en komplisert modul som leverandøren skal konstruere.⁶³

For EPC(I)-kontrakter basert på NTK 07 vil undersøkelsesplikten være mindre omfattende, da mengden prosjekteringsmateriale fra selskapet vil være vesentlig mindre enn hva tilfellet er for FC-kontrakter siden leverandøren selv skal stå for store deler av prosjekteringen.⁶⁴

⁶² Petrius 1997 s. 1 på s. 59 [1993].

⁶³ Kaasen (2006) s. 149.

⁶⁴ For NTK 07 er det en egen varslingsplikt for leverandøren i art. 7.1 for de tilfeller han oppdager «mangler og uoverensstemmelser» i sin egen prosjektering inntatt i Vedlegg I, se Kaasen (2006) s.160 flg.

Leverandøren har etter art. 5.1 (a) og (b) en generell plikt til å «holde seg informert om og rette seg etter» relevante lover og forskrifter. Det kan stilles spørsmål ved om denne bestemmelsen vil utvide leverandørens undersøkelsesplikt til også å skulle omfatte kontroll av at selskapets prosjektering er i tråd med gjeldende lover og forskrifter. En ekspertavgjørelse av 5. desember 1989 kan tyde på dette.⁶⁵ Å pålegge leverandøren en så omfattende undersøkelsesplikt kan det imidlertid vanskelig tenkes at kontraktsskipsistene mente. For det første vil leverandørens prosjekteringskompetanse i fabrikkasjonsforhold som oftest ikke være så sterk, selv om dette kanskje ikke vil gjelde i like stor grad for EPC-(I) kontrakter. For det andre vil en så omfattende undersøkelsesplikt kunne medføre en kommersiell forskyvning i favør av selskapssiden som partsrepresentantene vanskelig kan tenkes å ha blitt enige om da man utformet kontrakten. Hvorvidt prosjekteringen som selskapet oversender leverandøren oppfyller myndighetenes krav til offshoreinstallasjoner må derfor være selskapets risiko, og ikke noe som leverandøren har plikt å undersøke i sin gjennomgang av selskapets leveranser.⁶⁶

3.1.1.2 Når skal varsel gis?

Varsel etter art. 6.1 skal gis «uten ugrunnet opphold» etter at manglene eller uoverensstemmelsene er oppdaget. Standarden «uten ugrunnet opphold» blir brukt flere steder i kontrakten for å angi leverandørens varslingsfrist.⁶⁷ Ved å benytte seg av en relativ varslingsfrist i stedet for en absolutt frist oppnår man økt fleksibilitet. Kontrakten inneholder få absolutte varslingsfrister nettopp av denne grunn, til forskjell fra mange internasjonale kontrakter.

Etter ordlyden er dette en meget streng varslingsfrist for leverandøren.⁶⁸ Fristen innebærer at leverandøren må ha saklig grunn for ethvert opphold mellom oppdagelsen av mangelen eller uoverensstemmelsen og selve varslingen.⁶⁹ Enhver sendretighet med å få varselet sendt av gårde kan derfor innebære at leverandøren har oversett varslingsfristen. Men der tidsforløpet saklig kan begrunnes i den konkrete sak vil

⁶⁵ PetrIus 1995 s. 1 på s. 8 [1989].

⁶⁶ Slik også Kaasen (2006) s. 149-150.

⁶⁷ Se blant annet art. 16.1 og art. 27.2.

⁶⁸ Slik også Simonsen (1999) s. 337.

⁶⁹ Hagstrøm (1997) s. 122, Barbo (1997) s. 216 og Kaasen (2006) s. 425.

oppholdet være «grunnet», og varsel må anses å ha blitt gitt «uten ugrunnet opphold.» Bevisbyrden påligger etter bestemmelsen leverandøren; det er han som må påvise at det forelå en saklig grunn før han varslet selskapet.⁷⁰

Et annet viktig moment er hvilket krav kontraktene stiller til varselets innhold. Art. 6.1 stiller imidlertid ingen krav til innholdet av varselet ut over at det må identifisere de mangler eller uoverensstemmelser som leverandøren har avdekket. I lys av at varselet kun skal meddele hva undersøkelsen har avdekket vil det derfor ikke være «grunnet» å bruke tid på å utarbeide og inkludere i varselet utredninger av årsaker, virkninger og andre forhold ved den oppdagede mangel eller uoverensstemmelse.

At leverandøren etter art. 6.1 er pålagt en undersøkelsesplikt medfører at det stilles krav til raskere varsling enn om han ikke var pålagt en slik undersøkelsesplikt.⁷¹ Kontrakten sier imidlertid ikke noe om på hvilket tidspunkt selve undersøkelsene skal foretas. Som nevnt er det av stor betydning for selskapet å få varsel så snart som mulig slik at det kan få valget om det vil rette opp i feilen slik at forholdet ikke vil få konsekvenser for arbeidets fremdrift eller kostnadsramme. Kravet om at leverandøren skal ha varslet «uten ugrunnet opphold» gir således ikke mening om ikke også selve undersøkelsen foretas raskt.⁷² Dette taler for at leverandøren må gjennomgå tegningene og spesifikasjonene så snart han mottar dem. Dette er også viktig slik at man får luket ut feil i materialet som senere prosjektering skal baseres på. En slik løsning vil etter min mening ikke være urimelig ovenfor leverandøren, som ved å påta seg et så stort tilvirkningsoppdrag også må sørge for å ha så velfungerende kontraktsadministrasjon at det ikke vil være et problem å få undersøkt tegningene og spesifikasjonene med en gang de blir mottatt.

⁷⁰ Slik også Barbo (1997) s. 216 og ekspertavgjørelse av 2. mai 1990 inntatt i Petrius 1995 s. 145 flg [1990].

⁷¹ Barbo (1997) s. 220.

⁷² Kaasen (2006) s. 148.

3.1.2 Art. 6.2

3.1.2.1 Hva utløser varslingsplikten?

Leverandøren pålegges etter art. 6.2 en todelt undersøkelsesplikt i forhold til materialer og utstyr som selskapet leverer i henhold til kontrakten for leverandørens bruk. Det følger av art. 2.1 at undersøkelsesplikten gjelder ytelser som omfattes av kontraktens Vedlegg G: Selskapets Leveranser (for NTK Vedlegg F: Selskapets Ytelser).

Etter art. 6.2 skal leverandøren først foreta en «visuell undersøkelse» av selskapets leveranse, jf art. 6.2 første ledd. Det fremgår av bestemmelsen at varslingsplikten utløses idet leverandøren «oppdage[r]» en mangel ved selskapets leveranser.

Grundigheten av undersøkelsene indikeres ved varslingsfristen; en konstatert «mangel» må varsles innen 48 timer. Formålet med undersøkelsen er å fastslå om man har mottatt riktig type leveranse og om leveransene har blitt påført transportkader. En undersøkelse etter første ledd vil derfor kun innebære en generell ytre inspeksjon av de mottatte leveranser, og varslingsplikten vil typisk oppstå i de tilfeller der en slik ytre inspeksjon avdekker transportkader eller feilleveranser. Leverandøren må også varsle selskapet om han bør innse at materialene eller utstyret som selskapet leverer ikke er anvendelig.⁷³

Leverandøren skal i neste omgang foreta en grundigere undersøkelse av leveransene. Innholdet av undersøkelsene kan være beskrevet i kontraktens Vedlegg G: Selskapets Leveranser (NTK Vedlegg D: Selskapets Ytelser), og skal ellers være så grundig som «en samvittighetsfull kjøper» ville gjøre dem. Det kan stilles spørsmål ved om sistnevnte passus hever aktsomhetsnivået for leverandøren i forhold til undersøkelsene som han for eksempel må foreta etter art. 6.1. Svaret må nok være negativt; undersøkelsen her er ment som et supplement til kontrollen etter Vedlegg G.⁷⁴ Innholdet av standarden «en samvittighetsfull kjøper» må ellers bero på hvilket vareslag det er leverandøren mottar.⁷⁵ Har leverandøren tidligere opplevd transportkader på

⁷³ Kaasen (2006) s. 154.

⁷⁴ Borchsenius (1989) s. 44.

⁷⁵ Kaasen (2006) s. 155.

kompressormotorene han har mottatt tilsier dette at han ved neste leveranse av samme type vare må være ekstra på vakt. Leverandøren kan imidlertid ikke pålegges en så omfattende undersøkelsesplikt at det påvirker fremgangen eller kostnadsbudsjettet utover det påregnelige.

Hva er så konsekvensen av at selskapet krever at leverandøren skal utføre utførlige tester utover det påregnelige av selskapsleveransen? Det må være klart at leverandøren i et slikt tilfelle må ha adgang til å motsette seg dette, eller få utstedt en endringsordre som dekker konsekvensene av den utvidede kontrollen.⁷⁶

3.1.2.2 Når skal varsel gis?

Art. 6.2 inneholder to varslingsfrister knyttet til den todelte undersøkelsesplikten.

Leverandøren er pålagt å foreta den preliminaire visuelle undersøkelsen «umiddelbart», og varslingsfristen er «innen 48 timer etter mottagelsen» av selskapsleveransene.

Ordlyden er klar; fristen for både undersøkelsen og varselet er kort, og regelen er ment å ivareta selskapets behov for å få rask beskjed i tilfeller av transportskader eller feilleveranser. Dette er en de få absolutte varslingsfrister som er inntatt i NF 07 og NTK 07. I og med at den preliminaire undersøkelsen ikke er for omfattende kan denne fristen ikke sies å være for streng. Det er kun tale om en visuell sjekk av leveransene i løpet av 48 timer, en frist en leverandør med gode rutiner for gjennomgang av selskapsleveranser ikke bør ha problemer med å overholde.

Varslingsfristen for mangler som oppdages ved den grundigere undersøkelsen er vanskeligere å fastsette mer nøyaktig. For det første skal selve undersøkelsen foretas «innen rimelig tid, og ikke senere enn den frist som er nevnt i Vedlegg G.» For NTK er fristene inntatt i Vedlegg D, selv om dette sjelden skjer i praksis. Det angis sjeldent frister i vedleggene, og man må derfor som oftest falle tilbake på standarden «innen rimelig tid».

⁷⁶ Gisvold (1983) s. 344.

En naturlig forståelse av ordlyden er at leverandøren ikke kan vente urimelig lenge med å undersøke leveransene. Det er i juridisk teori antatt at standarden «innen rimelig tid» er mykere og mer fleksibel enn standarden «uten ugrunnet opphold».⁷⁷ Den praktiske forskjell mellom disse formuleringene vil imidlertid i praksis ikke være stor.⁷⁸

Den senere henvisning i artikkelen til hva en «samvittighetsfull kjøper» ville gjøre er også relevant i forhold til hvilken tid leverandøren har på seg til å foreta undersøkelsene. Har for eksempel leverandøren ved den visuelle undersøkelsen fått indikasjoner på at den grundigere undersøkelsen vil kunne avdekke mangler, vil dette være en sterk oppfordring til å foreta undersøkelsen så snart som mulig.

Spørsmålet videre er hva standarden «innen rimelig tid» skal vurderes opp mot. Bestemmelsen er ment å ivareta selskapets behov. Undersøkelsen må derfor foretas innen rimelig tid hensett til selskapet, som vil ha interesse av å få varselet så raskt som mulig i og med at det eventuelt kan reise krav overfor sine andre leverandører som det har kjøpt materialet eller utstyret fra. Imidlertid har selskapet muligheten til å sette en absolutt frist i Vedlegg G (eller Vedlegg D for NTK sin del), og har det ikke gjort dette tilsier dette at leverandøren bør kunne vente med undersøkelsen til det faller naturlige å foreta denne, så lenge leverandøren kan godtgjøre at det vil være «innen rimelig tid».

Det er også forskjeller mellom undersøkelsesplikten av selskapets prosjektering og selskapets materialer. For prosjekteringen skjer det ofte at selskapet foretar endringer og kommer med nye spesifikasjoner underveis i prosjektet, noe som taler for at leverandøren bør kunne vente med å undersøke prosjekteringsmaterialet til de aktuelle tegninger eller spesifikasjoner skal benyttes. For selskapets materialer skjer det imidlertid sjeldent at selskapet endrer de mottatte leveranser ved at det trekker tilbake eller leverer på nytt. Leverandøren har derfor en større oppfordring til å foreta undersøkelsene med en gang han har mottatt leveransene da det ikke er særlig fare for at det vil bli foretatt noen endringer i materialet han har mottatt, slik tilfellet er for prosjekteringsmaterialet.

⁷⁷ Barbo (1997) s. 213 og Tørum (2010) s. 468.

⁷⁸ Slik Barbo (1997) s. 213.

Videre skal leverandøren, i tilfelle mangler oppdages, varsle selskapet «straks» oppdagelsen er gjort. Kontrakten sier ikke noe om hva varselet må inneholde av informasjon. Sett hen til formålet bak regelen er det imidlertid klart at varselet kun skal informere om hvilken mangel som er avdekket slik at selskapet raskest mulig får informasjon om mangelen. Tidsbruk på å avdekke hvordan mangelen oppstod og hvilke konsekvenser den vil ha er det derfor etter kontrakten ikke rom for. Etter at mangelen er oppdaget må derfor leverandøren varsle selskapet umiddelbart.

Varslingsfristen etter art. 6.1 og 6.2 fremstår som svært like. Det kan dog stilles spørsmål ved om ikke fristen «straks» er strengere enn fristen «uten ugrunnet opphold». Mye kan tyde at leverandøren ikke kan vente med å sende varsel etter 6.2 selv om oppholdet skulle være «grunnet». Dette vil i teorien bety at det åpnes for en lengre frist for leverandøren der han etter art. 6.1 kan påvise at oppholdet var grunnet, mens han ikke vil ha en slik mulighet etter art. 6.2. Spørsmålet har nok imidlertid kun teoretisk interesse, og forskjellen mellom varslingsfristene vil uansett være minimal.

3.1.3 Art. 6.3

3.1.3.1 Konsekvensen av manglende varsel

Konsekvensen av manglende varsel etter art. 6.1 eller art. 6.2 er ifølge art. 6.3 for det første at leverandøren må bære alle «omkostninger» der selskapet påføres ekstra utgifter som ikke er dekket av forsikring (i praksis vil selskapets byggerisikoforsikring dekke mange av utgiftene). Bestemmelsen slår også fast at leverandøren blir ansvarlig for følgene av mangler som «burde ha vært oppdaget» gjennom leverandørens kvalitetsstyringssystem eller ved hans undersøkelser for øvrig.

For at leverandøren skal bli ansvarlig for omkostningene er det et krav etter kontrakten at omkostningene må «følge av» det manglende varselet. Selv om årsakskravet kan være vanskelig å håndtere i praksis er prinsippet klart; leverandøren må bære utgifter som selskapet blir påført som en følge av det manglende varselet. Det er selskapet som etter kontrakten har bevisbyrden, og som er den parten som må sannsynliggjøre at omkostningene er en direkte følge av leverandørens manglende varsel.

Utgiftene leverandøren kan bli ansvarlig for må videre ha oppstått «i forbindelse med Arbeidet». Etter kontraktens art. 1.1 betyr «Arbeidet» «alt arbeid som Leverandøren skal utføre eller besørge utført i henhold til Kontrakten». Utgiftene leverandøren kan bli ansvarlig for er da de utgifter som påløper ved arbeidet med retting av den aktuelle mangel. Dette omfatter alle typer utgifter, eksempelvis administrative kostnader som oppstår i forbindelse med opprettingsarbeidet. Årsakskravet utelukker imidlertid at leverandøren kan bli ansvarlig for de utgifter som selskapet påføres i tilknytning til andre kontrakter på grunn av det manglende varselet, herunder «knock-on-effekter» i andre kontraktsforhold. Dette ville vel uansett også ha fulgt av art. 32.1 som holder leverandøren skadesløs for selskapets eget indirekte tap. Det må også være klart at dersom varselet ikke hadde ført til tiltak fra selskapets side vil heller ikke manglende varsling medføre ansvar for leverandøren.⁷⁹

Ansaret for leverandøren er videre begrenset til «*ekstra* utgifter (min utheving) ». Hva som er «ekstra» må avgjøres på bakgrunn av hvilke utgifter selskapet ville hatt på grunn av mangelen eller uoverensstemmelsen dersom leverandøren hadde undersøkt og varslet som han skulle. De utgifter som mangelen eller uoverensstemmelsen i seg selv medfører, typisk reparasjonsskader, vil imidlertid leverandøren aldri kunne bli ansvarlig for. Å flytte ansvaret over på leverandøren i et slikt tilfelle ville bryte med den naturlige funksjonsfordelingen etter kontrakten, og være en uheldig løsning.⁸⁰ Selskapet plikter alltid å levere kontraktsmessig eller eventuelt holde leverandøren skadesløs gjennom en endringsordre dersom det ikke skjer.

Ekstra utgifter kan oppstå på flere måter. Selskapet leverer for eksempel rør til leverandøren som skal monteres i en modul leverandøren skal bygge for selskapet. Ved levering er rørene er mangelfulle. Hvis leverandøren hadde utført sin undersøkelsesplikt ville han ha oppdaget dette med en gang, og det ville ha kostet fem millioner kroner å skaffe nye rør. Feilen oppdages imidlertid ikke før etter at leverandøren har levert modulen til selskapet. I dette tilfellet må leverandøren skaffe nye rør, og det koster seks millioner kroner. Videre må han skifte ut rørene, og det koster nye to millioner kroner. I

⁷⁹ Kaasen (2006) s. 152.

⁸⁰ Kaasen (2006) s. 156. Almelöv (1986) s. 22 hevder imidlertid at dette er tvilsomt for den tilsvarende bestemmelsen i Statoil 1983.

et slikt tilfelle må selskapet refundere leverandøren de fem millioner kronene som det ville ha kostet å skaffe nye rør med en gang. Men leverandøren må selv bære fordyrelsen på én million kroner og kostnadene ved å skifte ut rørene på to millioner kroner.⁸¹ Her ser man hvordan løsningen som følger av NF/NTK er den samme som følger av bakgrunnsretten og kjl. § 28, som jeg redegjorde for i oppgavens del 2.2, ved at leverandøren kan bli erstatningsansvarlig for det «... tap som kunne vært unngått om [selskapet] hadde fått meldingen i tide.»

Hvilke mangler som «... burde vært oppdaget» er vanskelig å si noe konkret om. Passusen er ment å skulle fange opp de tilfeller hvor det ikke undersøkes og hvor skaden ville blitt oppdaget om undersøkelse var foretatt. Bestemmelsen henviser imidlertid til leverandørens interne kvalitetsstyringssystem, og dette kan gi en viss pekepinne på hvilken terskel som her skal legges til grunn. Videre henvises det også til de undersøkelser som er nevnt i art. 6.2.

Leverandøren kan også etter kontrakten bli ansvarlig for selskapets tap ved at det mister «taper rettigheter eller garantier» som følge av det manglende varselet. All den tid selskapet som oftest kjøper inn utstyr og materialer fra andre leverandører, er dette en nærliggende mulighet. I de tilfeller der garantitiden på leveransene utløper før leverandøren har fått varslet selskapet, kan leverandøren måtte dekke selskapets tap ved ikke å kunne gjøre garantien gjeldende, forutsett at varsel ville medført at selskapet kunne reklamert i tide. I eksempelet ovenfor om leveransen av rør ville således leverandøren kunne blitt ansvarlig for de fem millioner kronene som det kostet å skaffe nye rør, forutsatt at varsel fra leverandøren ville ha medført at selskapet kunne reklamert innenfor garantitiden til leverandøren av rørene, og fått dekket ny leveranse.

Ved manglende varsling om mangler eller uoverensstemmelser i selskapets prosjektering kan leverandøren også risikere å bli bundet av prosjekteringen med dens feil, jf. art. 23.1 annet ledd. Innebærer dette en endring av de opprinnelige kontraktsforpliktelser har leverandøren i utgangspunktet krav på en tilsvarende justering av vederlaget. Kravet om justering av vederlaget må imidlertid fremsettes «uten

⁸¹ Eksempelet er inspirert eksempelet til Borchsenius (1989) s. 168.

ugrunnet opphold» etter at endringen ble pålagt leverandøren, i motsatt fall tapes kravet. Manglende varsling kan derfor medføre at leverandøren blir bundet av en mangelfull prosjektering uten noen form for tilleggsvederlag – selv om dette ikke fremgår uttrykkelig av art. 6.1.⁸² Det kan stilles spørsmål ved rimeligheten ved en slik ordning. Leverandøren kan utsettes for store ekstraavgifter i et slikt tilfelle. Men i og med at leverandøren sitter som «edderkopp i prosjektvevet» og således er den som har størst forutsetning for å si noe om uregelmessigheter som måtte oppstå, er det nærliggende at mulige preklusjonsregler bør rette seg mot ham og ikke mot selskapet.⁸³

Et annet spørsmål er hva konsekvensen av at selskapet selv er klar over mangelen eller uoverensstemmelsen skal være. Kontrakten gjør ikke unntak fra dette tilfellet, noe som taler for at det ikke vil ha noe å si for konsekvensen av manglende varsel fra leverandøren. Det ville imidlertid utgjøre et brudd på lojalitetsplikten i avtaleforhold om selskapet tiet om sin kunnskap, og der leverandøren måtte bære følgene av dette. Dette taler for at selskapet i en slik situasjon ikke kan påberope seg leverandørens manglende varsling.⁸⁴

På den annen side vil selskapet ofte i fabrikasjonsforhold være representert med flere folk på byggeplassen, slik at kunnskap om mangler og uoverensstemmelser ofte vil tilflyte selskapet. Det ville ikke bidra til forutberegnlighet om man i enkelte tilfeller da skulle kunne se vekk fra leverandørens manglende varsel fordi noen av selskapets representanter allerede satt inne med kunnskapen om det som varselet gjaldt. Videre blir formelle rutiner sterkt vektlagt og utførlig regulert i kontraktene.⁸⁵

Fabrikasjonskontraktene inneholder gjennomgående vesentlig strengere og mer omfattende krav til kontraktsadministrasjonen enn hva som er tilfellet ved tradisjonell entreprisvirksomhet, og kontraktens prosessuelle regler bør derfor følges til enhver tid.⁸⁶ Ved å inngå kontrakten med selskapet har også leverandøren tatt på seg oppgaven å sørge for at all informasjon han som «koblingssentral» i prosjektet kommer over skal

⁸² Kaasen (2006) s. 153.

⁸³ Kaasen (2009) s. 56.

⁸⁴ Kaasen (2006) s. 151.

⁸⁵ Mestad (1991) s. 266.

⁸⁶ Tapper (1983) s. 170. For en analyse av eldre rettspraksis vedrørende varslingsbestemmelser i entreprisforhold, se Sandvik (1966) s. 354-377.

meddeles selskapet.⁸⁷ At selskapet selv skulle være klar over mangelen eller uoverensstemmelsen vil derfor ikke påvirke varslingsplikten som påligger leverandøren. Konklusjonen vil imidlertid kunne bli annerledes hvis mangelen eller uoverensstemmelsen forelå allerede ved kontraktsinngåelsen. I et slikt tilfelle kan avtl. § 33 avskjære selskapets påberopelse av art. 6.3.⁸⁸

Ved at leverandøren misligholder sin varslingsplikt etter art. 6 kan han også som tidligere nevnt tape rettigheter som han etter art. 27.1 har til å få justert fremdriftsplanen og/eller kontraktsprisen i tilfeller av kontraktsbrudd fra selskapets side. Dette fremgår eksplisitt av art. 27.1 annet ledd, som vil bli redegjort for nedenfor i del 3.4. Spørsmålet her er imidlertid om et enkelt varsel etter art. 6 kan erstatte et krav om endringsordre etter art. 27. I og med at det er knyttet så mange spesielle virkninger til krav om endringsordre, og siden det er egne krav om innholdet av endringsordrer og formalia for krav om endringsordre, må svaret på dette være negativt.⁸⁹ Motsatt kan nok et krav om endringsordre etter art. 27.1 i enkelte tilfeller kunne erstatte varsel etter art. 6, selv om fristene vil kunne ha forskjellig utgangspunkt, se om dette i oppgavens del 3.4.1.

⁸⁷ Mestad (1991) s. 266.

⁸⁸ Kaasen (2006) s. 151.

⁸⁹ Borchsenius (1989) s. 46.

3.2 Art. 11

Artikkel 11 regulerer tilfellene for leverandøren der fremdriften er i fare for å bli, eller er, forsinket. Fremdriften i kontraktsarbeidet er en svært sentral del av leverandørens plikter under kontrakten. Utsatt produksjonsstart kan innebære store tap, og investorene som har betalt for kontraktsprosjektet vil så fort som mulig få avkastning på sine investeringer. Der selskapet har flere leveringskontrakter med ulike leverandører er det også viktig for selskapet at alle leverandørene leverer i tide slik at man beholder flyten i prosjektets fremgang. Man ser derfor hvor vesentlig det er for selskapet å få levert til avtalt tid. Varslingsplikten i art. 11.1 er et viktig redskap for selskapet i så henseende, da han ved varsel fra leverandøren om mulig forsinkelse i fremdriften kan foreta grep for å innhente den tapte tiden. Videre henviser art. 11.2 leverandøren til de ordinære endringsreglene som gjelder når leverandøren mener selskapet har risikoen for fremdriftsproblemer. Dette følger imidlertid av bestemmelsene som art. 11.2 henviser til, og art. 11.2 er derfor for så vidt en overflødig pedagogisk bestemmelse i kontrakten.⁹⁰ Denne bestemmelsen behandles derfor ikke videre i oppgaven.

Ved å bli varslet om mulige fremdriftsproblemer får selskapet muligheten til å unngå tap som kunne oppstått om slikt varsel ikke hadde blitt gitt. Leverandørens varslingsplikt etter art. 11.1 må derfor plasseres i gruppen av varsler som for leverandøren skal hjelpe ham *unngå erstatningsansvar*.

3.2.1 Hva utløser varslingsplikten?

Etter art. 11.1 skal leverandøren varsle selskapet idet han «får grunn til å anta at Arbeidet ikke kan utføres i samsvar med de milepæler som er fastsatt i Vedlegg C». Hvorvidt arbeidet står i fare for å bli forsinket avgjøres da på bakgrunn av de milepæler som er nedskrevet i Vedlegg C: Fremdriftsplan. Etter art. 2.2 vil dette også omfatte endringer og tillegg i fremdriftsplanen som selskapet foretar i løpet av kontraktsperioden.

Etter ordlyden i kontrakten skal det varsles når leverandøren «får grunn til å anta» at arbeidet ikke «kan» utføres i samsvar med fremdriftsplanen. Betyr dette at leverandøren

⁹⁰ Kaasen (2006) s. 260.

ikke må varsle selv om det er stor fare for at arbeidet vil bli forsinket? Leverandøren kan jo tenkes å skulle innhente en forsinkelse med litt ekstra innsats før man når en milepæl.

En slik tolkning av bestemmelsen ville stride mot hensynet bak regelen; selskapet har som tidligere nevnt behov for å varsles dersom arbeidet ikke følger forutsatt progresjon uten ekstraordinær innsats. Varslingsplikten må derfor sies å oppstå i de tilfeller der leverandøren får grunn til å anta at det kreves en markert større eller annerledes ressursinnsats for å holde fremdriftsplanen enn det som med rimelighet kunne ventes da planen ble utarbeidet.⁹¹

3.2.2 Når skal varsel gis?

Leverandøren skal etter bestemmelsen varsle selskapet «straks» han får grunn til å anta at arbeidet ikke kan utføres i samsvar med fremdriftsplanen. Vi ser her at det er samme varslingsfrist som brukes i art. 6.2 som i art. 11.1. Som vi så i forbindelse med art. 6.2 innebærer varslingsfristen at leverandøren må varsle med en gang varslingsplikten utløses. Varselets innholdskrav taler også for at dette er en svært knapp frist. Varselet etter art. 11.1 skal kun inneholde en beskjed om at leverandøren har fått grunn til å anta at man står i fare for ikke å nå en milepæl i fremdriftsplanen. Tidsbruk på å klarlegge årsaker, tiltak som bør treffes og lignende er det ikke rom for; varselet skal sendes umiddelbart etter leverandøren blir klar over forholdene som kan medføre forsinkelse.

3.2.3 Konsekvensen av manglende varsel

Artikkel 11.1 er selv taus om hva konsekvensene av manglende varslingsplikten er. Det kan derfor stilles spørsmål ved om brudd på varslingsplikten medfører en direkte sanksjon, eller om varslingsplikten må ses på som en ordensforskrift hvis overtredelse ikke sanksjoneres.

En nærliggende konsekvens av manglende varslingsplikten er at leverandøren kan tape sin rett til å få endret fremdriftsplanen på grunn av forholdene som medfører forsinkelsen.⁹²

⁹¹ Kaasen (2006) s. 257.

⁹² Hydro 1983 art. 5.2 annet ledd fastslo rettighetstap ved unnlatt varsel etter samme type bestemmelse.

Alminnelig kontraktsrett tilsier imidlertid at frister i alminnelighet ikke er preklusive hvis dette ikke fremgår uttrykkelig av selve fristen. Dette har vært ansett som sikker rett for entreprisekontrakter, og det samme må gjelde for fabrikkasjonskontrakter.⁹³ Ved manglende varsel fra leverandørens side vil imidlertid reglene i art. 27.2 og art. 28.3 siste ledd til dels ivareta dette formålet, da disse bestemmelsene prekluderer leverandørens krav på kontraktsjustering i de tilfeller der han ikke varsler i tide om henholdsvis selskapets kontraktsbrudd og force majeure.⁹⁴

All den tid art. 11 ikke regulerer konsekvensene av brudd på varslingsplikten, må det her være rom til å utfylle kontrakten med bakgrunnsretten. Som vi så i oppgavens del 2.2 vil leverandøren i et tilfelle som her, der han ikke varsler om forhold som kan virke forstyrrende på gjennomføringen av avtalen, kunne bli erstatningsansvarlig for selskapets tap i de tilfellene der selskapet kunne ha unngått tapet om det hadde blitt varslet i tide.

Men hva hvis resultatet av den manglende varslingen kun blir en forsinkelse i forhold til de dagmulftsanksjonerte milepælene? Kan et erstatningsansvar etter bakgrunnsretten gjøres gjeldende fra selskapets side ut over dagmulktansvaret som leverandøren er pålagt etter kontrakten?

Kontraktens art. 24.4 fastslår at «det som er fastlagt i art. 11, art. 24 og i art. 26 er Selskapets *eneste beføyelser* mot Leverandørens forsinkelse (min utheving).» Reglene om dagmulkt i art. 24 er dermed en uttømmende regulering av forsinkelsestilfeller, og dette utelukker muligheten til å gjøre et slikt erstatningsansvar etter bakgrunnsretten gjeldende ut over dagmulktansvaret.

Men hva med de tilfeller der leverandøren ikke varsler etter art. 11 og det ikke oppstår forsinkelse i forbindelse med de dagmulftsanksjonerte milepælene, men der det oppstår kostnader eller tap for selskapet som en følge av fremdriftsproblemene leverandøren hadde? Spørsmålet er om selskapet også her skal være avskåret fra å kreve erstatning.

⁹³ Nils-Henrik Petterson, foredrag ved petroleumsjuridisk klubb 2. mars 2010.

⁹⁴ Man vurderte visstnok å innta en bestemmelse om at leverandøren tapte sitt krav på endring av fremdriftsplanen dersom varsel ikke ble gitt etter art. 11.1 annet ledd, men man avstod fra dette, se Kaasen (2006) s. 258.

Problemstillingen er ikke regulert i kontrakten da art. 24.4 kun gjelder for leverandørens forsinkelse, ikke for leverandørens varslingsplikter.

All den tid kontraktene ikke regulerer dette spørsmålet må man kunne utfylle de med bakgrunnsretten. Selskapet kan således i et slikt tilfelle kreve erstatning, jf. oppgavens punkt 2.2.⁹⁵ Ansvar for selskapet kan imidlertid tenkes begrenset etter art. 32.1, som fritar partene for ansvar for den annen parts indirekte tap.

⁹⁵ Slik også Kaasen (2006) s. 258, motsatt Borchsenius (1989) s. 51.

3.3 Art. 16.1

Artikkel 16.1 er, på grunn av dens sentrale funksjon, en av de viktigste bestemmelsene i kontrakten. Underveis i et kontraktsforhold oppstår det ofte uenighet mellom selskap og leverandør om hvorvidt et pålegg fra selskapet kun er en presisering av det allerede avtalte eller om pålegget medfører noe nytt for leverandøren. Artikkel 16.1 pålegger leverandøren en aktivitetsplikt for de tilfeller der leverandøren mener at et pålegg fra selskapet innebærer en endring av hans opprinnelige fastsatte kontraktsplikter, og således gir ham krav på justering av vederlag og/eller fremdriftsplan for arbeidet i forhold til det opprinnelig avtalte. For selskapet er det svært viktig at leverandøren varsler så snart som mulig slik at selskapet kan pålegge leverandøren arbeidsplikt dersom leverandøren mener at denne ikke følger av kontrakten, eventuelt slik at han kan minimalisere kostnadene hvis han ser at leverandørens utgifter som følge av pålegget blir større enn hva man forventet. Varslingsregelen bidrar også til å få tatt opp og avgjort uenigheter og tvister underveis i prosjektet, slik at man unngår uoversiktlige og kompliserte sluttoppgjør.

Ved å kreve endringsordre utstedt ivaretar leverandøren sin rett til å hevde at de aktuelle arbeidene ligger utenfor kontraktspliktene, og preklusjon av hans krav unngås.

Leverandørens krav om endringsordre plasseres derfor i gruppen av varsler som tjener til å *beholde rettigheter*.

Et karakteristisk trekk ved endringsreglene er at de i stor utstrekning også gis anvendelse på kontraktsomlegging som er foranlediget av endrede forhold.⁹⁶ Reglene i bl.a. art. 27.2 og 28.3, som behandles senere i oppgaven, henviser eksempelvis til endringsreglene. Også der leverandøren rammes av bristende forutsetninger eller urimelighet er det tatt til orde for å benytte endringsreglene for å opprette balansen i kontraktsforholdet.⁹⁷ Det avgrenses imidlertid videre i fremstillingen mot slike tilfeller, og det er kun de «klassiske» endringssituasjonene der selskapet krever et bestemt arbeid

⁹⁶ Se om dette bl.a. i Barbo (1997) s. 365 flg. og Kaasen (2006) s. 302 flg.

⁹⁷ Kaasen (2006) s. 308 flg.

utført som her vil behandles. Det avgrenses da mot «tegningsrevisjoner»⁹⁸ og mot leverandørens varslingsplikt i de tilfeller han vil benytte seg av en ekspert, jf. art. 16.3.⁹⁹

3.3.1 Hva utløser varslingsplikten?

Utgangspunktet etter art. 16.1 første ledd er at selskapet fremsetter «krav om utførelse av et nærmere bestemt arbeid.» Varslingsplikten vil i dette tilfellet utløses hvis leverandøren er av den «oppfatning» at arbeidet ikke er «en del av hans plikter etter kontrakten.»

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må selskapet ha framsatt et «krav».¹⁰⁰ Kontrakten fastslår at fristen begynner å løpe idet selskapets representant «fremsette[r] krav» om utførelsen av det aktuelle arbeid. Etter den vanlige påbudsregel begynner da fristen å løpe når kravet er «kommet frem» til leverandøren, som vi så i oppgavens del 2.1. Ordlyden taler for at det for leverandøren må fremstå som at selskapet forlanger at et arbeid skal utføres. Skulle selskapet foreslå at leverandøren kan bruke en dyrere coating til modulen som er mer slitesterk mot vind og vær enn hva leverandøren hadde tenkt å bruke, vil dette ikke være nok. Forslag, antydning og lignende kan ikke sies å være et «krav» etter kontrakten. Selskapet må *insistere* på at arbeidet skal utføres.¹⁰¹ Bevisbyrden for at det er gitt en instruks som medfører arbeidsplikt må påligge selskapet hvis det påberoper seg preklusjon av leverandørens krav.¹⁰²

Videre må kravet gjelde et «nærmere bestemt arbeid.» Ordlyden stiller her krav til instruksens presisjon. Instruksen må gå ut på at leverandøren skal gjøre noe, tåle noe eller unnlate noe. Skulle for eksempel selskapet kreve at leverandøren utfører arbeidet sitt «på en bedre måte», kan dette derfor ikke sies å være et krav som omfattes av art. 16.1. Poenget med bestemmelsen er at krav fra selskapet som er så upresise at det ikke er meningsfylte arbeidspålegg ikke faller inn under art. 16.¹⁰³

⁹⁸ Det er av naturlige grunner kun NF 07 som inneholder regler om «tegningsrevisjoner», se om dette Kasen (2006) s. 430 flg.

⁹⁹ For mer om ekspertens rolle i NF/NTK og leverandørens varslingsplikt i forbindelse med ekspertprosedyren, se bl.a. Nisja (2004) s. 79 flg. og Kaasen (2006) s. 451 flg.

¹⁰⁰ I dommen inntatt i ND-1989-318 uttaler voldgiftsdommeren at man ikke kan se bort fra de krav kontrakten selv oppstiller m.h.t. når endringsordresystemet skal anvendes, selv om systemet med endringsordrer er gitt et omfattende anvendelsesområde.

¹⁰¹ Kaasen (2006) s. 419.

¹⁰² Barbo (1997) s. 197, Kaasen (2006) s. 419 og ekspertavgjørelse inntatt i PetrIus 1996 s. 121 [1994].

¹⁰³ Kaasen (2006) s. 420.

Når disse forhold foreligger «skal» leverandøren etter kontrakten «fremsette Endringsordrekrav til Selskapet.» Det må være klart at leverandøren ikke har noen *plikt* til å kreve endringsordre i de tilfeller der pålegget går ut over hans opprinnelige kontraktsplikter.¹⁰⁴ Dette er således ikke en av kontraktens «ekte» varslingsplikter, men et av tilfellene der kontrakten oppfordrer leverandøren til å varsle om han vil beholde sine rettigheter under kontrakten. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om det er selskapets fremsettelse av et «krav» eller om det er leverandørens pretensjon om dette som utløser varslingsplikten. Slik bestemmelsen er utformet er det nemlig leverandørens «oppfatning» som er det avgjørende for igangsettelsen av systemet i art. 16. Det avgjørende etter kontrakten er således ikke om vilkårene etter art. 16.1 objektivt sett foreligger, men om leverandøren – i forbindelse med sitt krav om endringsordre – pretenderer eller foregir at vilkårene foreligger.¹⁰⁵

Dette spørsmålet må ses i lys av art. 16.1 annet ledd, som angir at varslingsfristen løper fra selskapet «har krevd» arbeidet utført. Det må derfor være selskapets «krav» som utløser varslingsfristen, henvisningen til leverandørens «oppfatning» er bare ment å gi uttrykk for at det er opp til leverandøren å vurdere om han skal godta pålegget eller om han skal varsle om at han mener at dette faller utenfor hans kontraktsplikter.

3.3.2 Når skal varsel gis?

Etter art. 16.1 annet ledd må leverandøren varsle «uten ugrunnet opphold» hvis han vil beholde retten til å gjøre gjeldende at instruksen fra selskapet er en endring av arbeidet.¹⁰⁶ For en utførlig redegjørelse av denne varslingsfristen viser jeg til behandlingen av denne standarden i forbindelse med art. 6.1 i oppgavens del 3.1. Det gjør seg imidlertid gjeldende spesielle momenter i forhold til art. 16.1.

For det første må man se hen til at selskapet faktisk har pålagt leverandøren ekstraarbeid som etter kontrakten gir ham krav på justering av tid og/eller pris. Preklusjon må derfor begrunnes i behovet for ryddig kontraktsadministrasjon.¹⁰⁷ Dette

¹⁰⁴ Slik også Kaasen (2006) s. 422.

¹⁰⁵ ND-1989-318 s. 324.

¹⁰⁶ Hydro 1983 art. 8.2 oppstilte en absolutt 20-dagers frist for fremsettelse av endringsordrekrav.

¹⁰⁷ Kaasen (2006) s. 426.

ble det også lagt vekt på i en ekspertavgjørelse avsagt 2. mai 1990, hvor det ble uttalt at «reglen har vel særleg til føremål å syte for at mest mogeleg av prosjektet er klarlagt og fastlagt til kvar tid.»¹⁰⁸ Varsler imidlertid leverandøren for sent kan det ikke utgjøre en unnskyldning for ham i ettertid at det ikke spilte noen rolle for selskapet om endringsordrekravet hadde kommet før det gjorde.¹⁰⁹

For det andre vil leverandørens reaksjonsfrist avhenge av hvilken prioritet leverandøren må ventes å gi problemet.¹¹⁰ Hvis selskapets instruks innebærer at pålegget skal iverksettes snarest er det klart at leverandøren har kortere tid på seg enn hvis instruksjonen gjelder arbeidsoppgaver som ligger langt frem i tid.¹¹¹ Angår pålegget aktiviteter som er dirkte bestemmende for fremdriften av kontraktsarbeidet (den såkalte «kritiske linje») er det videre klart at leverandøren har en oppfordring til å reagere raskest mulig da slike aktiviteter er svært avgjørende for prosjektets fremdrift og for selskapets kostnadsramme.

Et annet viktig moment i vurderingen av hva som utgjør et grunnet opphold er hvilket krav kontrakten stiller til varselets innhold. Etter art. 16.1 tredje ledd skal et endringsordrekrav «uttrykkelig betegnes som dette og fremsettes på fastsatt skjema. Det skal inneholde en spesifisert beskrivelse av det arbeid kravet gjelder». Dette taler for at leverandøren vil ha lengre tid på seg enn hva tilfellet hadde vært om bestemmelsen kun hadde krevd et nøytralt varsel, slik for eksempel art. 11.1 eller art. 28.2 gjør. Kontrakten gjennomgikk ved revisjonen av NF 92 til NF 05 en viktig forandring på dette punkt. Etter NF art. 16.1 tredje ledd skulle nemlig endringsordrekravet blant annet inneholde en spesifisert beskrivelse av endringsordrekravets «virkninger som det etter Leverandørens syn vil ha for Fremdriftsplanen og Kontraktsprisen». Leverandøren hadde derfor en lengre frist på seg til å varsle selskapet i form av et endringsordrekrav etter NF 92 enn hva han har etter NF 07, ved at det under NF 92 ville være «grunnet» å bruke tid på å utrede og utarbeide hvilke virkninger som den påståtte endringen ville ha for kontraktsprisen og fremdriftsplanen.

¹⁰⁸ Petrius 1995 s. 145 på s. 152 [1990].

¹⁰⁹ Se imidlertid motsatt tolkning i uttrykket norsk voldgiftsdom av 7. april 1988, referert i Kaasen (2006) s. 427.

¹¹⁰ Kaasen (2006) s. 428.

¹¹¹ Jf. også ekspertavgjørelse i Petrius 1995 s. 145 på s. 151 [1990].

Leverandørens pretensjon om hva som utgjør en endring vil også kunne ha betydning når man skal vurdere hvilken varslingsfrist leverandøren har tilgjengelig. Påstår leverandøren for eksempel at pålegget innebærer kompliserte endringer i hans arbeid er det klart at han må gis mer tid til å vurdere hvordan pålegget griper inn i sitt eget kostnadsbudsjett og fremdriftsplan enn om leverandøren påstår at endringen angår en enkel operasjon der endringens virkninger er oversiktlige og lett tilgjengelige. Man må imidlertid ikke trekke dette synspunktet for langt, slik at leverandøren i strategiske tilfeller kan gjøre endringsordrekravet sitt mer komplisert enn hva det egentlig er, for slik å «kjøpe seg tid».¹¹²

Det opplyses fra bransjehold at kontraktene ofte suppleres med absolutte frister for endringsordrer i stedet for å benytte seg av standarden «uten ugrunnet opphold». I praksis gis ofte leverandøren en frist på mellom 30-45 dager for å fremsette endringsordre, men aldri mindre enn 14 dager. Siden slik bransjepraksis er utbredt kan det gi en indikasjon på hvilket tidsbruk som godtas, selv om man aldri kan fastsette absolutte frister uten konkrete holderpunkter for dette.

3.3.3 Konsekvensen av manglende varsel

Etter art. 16.1 annet ledd er konsekvensen av manglende varsel at leverandøren taper «retten til å gjøre gjeldende at arbeidet er et Endring av Arbeidet.» Når leverandøren mister sin rett til å kreve endringsordre medfører dette at han har plikt til å etterkomme selskapets krav som om det var en del av hans opprinnelige kontraktsplikter.

Bestemmelsen er i utgangspunktet absolutt; konsekvensen er at leverandøren må utføre arbeidet innenfor den opprinnelige fremdriftsplan og uten tilleggsvederlag.

Etter bakgrunnsretten ville også leverandøren kunne ha tapt sine rettigheter ved manglende varsel. Rettighetstapet etter kontraktene vil imidlertid som oftest inntre raskere enn hva tilfellet ville vært om man skulle falt tilbake på bakgrunnsrettens regler, redegjort for i oppgavens del. 2.3, som sjeldent gir klare svar med hensyn til når rettigheter faller bort. Dette var da også et av formålene med å innføre en preklusiv varslingsfrist i forbindelse med endringer.

¹¹² Barbo (1997) s. 224.

3.3.4 Er preklusjonsreglene absolutte?

Varslingsregelen og den preklusive konsekvensen i art. 16.1 fremstår som absolutt i kontraktene. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om det finnes unntak fra de preklusive virkningene som blir foreskevet. Slike unntak vil også kunne være relevante for de andre varslingspliktene i kontrakten.

Det er fra praksis og teori klart at selskapet kan miste retten til å påberope seg preklusjon. Dette kan skje hvis selskapet inngir seg på realitetsforhandlinger uten å ta forbehold. Synspunktet virker å være at bordet fanger for selgeren når han går inn på en drøftelse med kjøperen om hvorvidt det foreligger manglende varsel eller ikke, uten å påberope seg preklusjon.¹¹³ Dette var blant annet resultatet i «Peconor-dommen», der selskapet ikke fremsatte preklusjonskravet før under hovedforhandling i saken. Flertallet avskar her selskapet fra å påberope seg preklusjon av leverandørens endringsordrekrav, og uttalte i et obiter dictum at det virket «...lite treffende å se det slik at Phillips av ren høflighet har lyttet til Peconors argumenter, uten selv å gå inn i noen drøftelse av grunnlaget for og godheten av Peconors krav.»¹¹⁴

Det skjer ikke sjeldent at selskapet i kontraktsperioden av kulansehensyn avstår fra å påberope seg preklusjonsregelen i art. 16.1. Preklusjon av leverandørens endringsordrekrav er heller ikke nødvendigvis konsekvensen av manglende varsel i slike tilfeller. Partenes konkludente adferd kan nemlig være avtalestiftende på samme måte som en uttrykkelig avtale.¹¹⁵ Der partene ikke har forholdt seg til avtalens varslingsregler har domstolene undertiden kommet til at krav ikke kan avvises med henvisning til manglende varsel.¹¹⁶ Dette var blant annet tilfellet i dommen inntatt i LB-2001-3116, hvor retten uttalte om et saksforhold regulert av standarden NS 3430:

¹¹³ Krüger (1989) s. 746.

¹¹⁴ Dommen er uttrykt, men er referert fra i Kaasen (2006) på s. 313 og 433. Sitatet ovenfor er hentet fra s. 433.

¹¹⁵ Hagstrøm (2003) s. 84.

¹¹⁶ Marthinussen m.fl. (2010) s. 298.

«Under enhver omstendighet har partene innrettet seg slik at de saksbehandlingsprosedyrer som følger av NS 3430 i mange tilfeller ikke har vært fulgt. Det må antas at begge parter ved sin konkludente adferd har vært inneforstått med og også sett seg tjent med dette.»

Hvis selskapet har avstått fra å påberope seg preklusjonsregelen vil selskapets oppførsel også kunne ha betydning for hva som anses som «ugrunnet opphold.»¹¹⁷ Dette var tilfellet i en voldgiftsdom av 9. april 1996.¹¹⁸ Tvisten stod mellom leverandør Hitec-Dreco AS mot bestiller A/S Norske Shell, og angikk bygging av en borerigg med visse moduler til Trollplattformen. Underveis i prosjektet hadde partene fraveket kontraktens formelle krav til kontraktens endringssystem. Leverandørens krav om fristforlengelse, og selskapets reaksjon på dette, ble derfor vurdert på et friere grunnlag. Voldgiftsretten uttalte at man måtte «... ta hensyn til den praksis som etter hvert hadde utviklet seg mellom partene når det gjaldt håndteringen av spørsmål som i og for seg var omfattet av kontraktens endringsordresystem.»¹¹⁹

I de tilfellene der preklusjonsvirkningene er harde kan det også være aktuelt å tilsidesette varslingsreglene i medhold av avtalelovens § 36. Man må her skille mellom en generell tilsidesettelse slik at regelen i seg selv ikke kan gjøres gjeldende i kontraktsforholdet, og individuell tilsidesettelse der kun en enkelt eller flere påberopelser av regelen gjøres virkningsløse.¹²⁰

En generell tilsidesettelse av bestemmelsen med hjemmel i avtl. § 36 kan vanskelig komme på tale. NF 07 og NTK 07 er som nevnt i oppgavens innledning «agreed documents», og er derfor forutsetningsvis forholdsvis balanserte kontrakter. Avtalelovens § 36 vil ha liten eller ingen plass i denne typen kontrakter.¹²¹ Reglene i kontraktene er relativt klart utformet, og aktørene i petroleumsbransjen er kjent med dem.¹²² I tillegg vil terskelen for å lempe i medhold av avtl. § 36 jevnt over være høyere

¹¹⁷ Kaasen (2006) s. 433.

¹¹⁸ Inntatt i Petrius (1997) s. 101 flg. [1996].

¹¹⁹ Petrius (1997) s. 101 på s. 178 [1996].

¹²⁰ Barbo (1997) s. 242.

¹²¹ Høeg-Rasmussen (2005) s. 70, se om bruk av avtl. § 36 generelt i kommersielle avtaleforhold mellom jevnbyrdige parter i Woxholth (2009) s.637 flg.

¹²² Barbo (1997) s. 242.

der partene er profesjonelle, og der det er et jevnt styrkeforhold mellom partene.¹²³ Videre bruker bestemmelsen et skjønnsmessig kriterium («uten ugrunnet opphold») for preklusjon. Denne formuleringen åpner for stor grad av skjønnsutøvelse slik at rettsanvenderen i praksis kan falle ned på det resultat som konkret anses mest rimelig.¹²⁴ Det er vanskelig å tenke seg situasjoner der preklusjonsinnsigelsen fører til et urimelig resultat, uten at man kan si at tidsforbruket er «grunnet», og dermed utelukker preklusjon.¹²⁵

En individuell tilsidesettelse av varslingsreglene kan imidlertid være aktuelt. Spørsmålet er da om det i det aktuelle kontraktsforhold er omstendigheter knyttet til spesifikke krav som gjør at det vil være urimelig å gjøre de preklusive varslingsreglene gjeldende. Kan for eksempel selskapets illojale bruk av endringsordresystemet tilsi tilsidesettelse av preklusjonsregelen? Hvis selskapet pålegger leverandøren endringer uten å følge endringsordresystemet, i håp om at leverandøren glemmer å fremsette krav om endringsordre eller ikke skulle oppfatte dette som en endring, vil dette kunne aktualisere tilsidesettelse av preklusjonsregelen i medhold av avtl. § 36.¹²⁶

Hvorvidt en kontraktsbestemmelse er urimelig eller ikke etter avtl. § 36 må ellers vurderes ut fra en samlet vurdering av kontraktsforholdet. Utslaget av en enkelt preklusjon vil under en slik totalvurdering som oftest ikke være så alvorlig i relasjon til kontraktsforholdet totalt. Se eksempelvis ekspertavgjørelse av 2. mai 1990 hvor saken angikk et ikke ubetydelig beløp i absolutt forstand (NOK 417 852,-), men der anså det utvilsomt at avtl. § 36 ikke kunne komme til anvendelse da «denne kostnaden endrar svært lite på balansen mellom partane.»^{127 128}

¹²³ Hagstrøm (2003) s. 288.

¹²⁴ Barbo (1997) s. 213.

¹²⁵ Svarva og Hagstrøm (1999) s. 823.

¹²⁶ Barbo (1997) s. 244-245.

¹²⁷ PetrIus (1995) s. 145 på side 154 [1990]

¹²⁸ For en mer utførlig drøftelse av tilsidesettelse av varslingsreglene med hjemmel i avtl. § 36 se Barbo (1997) s. 241 flg. og Kaasen (2006) s. 433 flg.

3.4 Art. 27

Art. 27 regulerer leverandørens stilling i de tilfeller der det foreligger kontraktsbrudd fra selskapets side. Utgangspunktet er at leverandøren skal holdes skadesløs for de økonomiske konsekvenser som selskapets kontraktsbrudd medfører. Dette forutsetter imidlertid at leverandøren krever endringsordre utstedt innen visse frister. Ved endringsordren som selskapet skal utstede skal leverandøren holdes skadesløs for virkningene av kontraktsbruddet. Ved å kreve endringsordre utstedt ivaretar derfor leverandøren sin rett til å gjøre selskapets kontraktsbrudd gjeldende, og preklusjon av hans krav unngås. Leverandørens krav om endringsordre etter art. 27 må således plasseres i gruppen av varsler som tjener til å *beholde rettigheter*.

3.4.1 Hva utløser varslingsplikten?

Etter art. 27.1 første ledd vil varslingsplikten for det første utløses hvis selskapet er «forsinket» med levering av selskapets leveranser, tegninger, spesifikasjoner eller med hensyn til andre plikter i henhold til kontrakten. Bestemmelsen gjelder for alle selskapets plikter, unntatt svikt av betalingsplikten som reguleres i art. 27.3. For at varslingsplikten skal utløses må imidlertid forsinkelsen utgjøre et kontraktsbrudd, jf. art. 27.2 «Selskapet skal utstede Endringsordre (...) som følge av Selskapets kontraktsbrudd».

For å vurdere når det foreligger kontraktsbrudd må selskapets oppfyllestidspunkt fastslås. Det er imidlertid ikke alltid enkelt å fastslå *når* selskapets plikt skal oppfylles, og således når selskapet er «forsinket.» Eksempelvis vil Vedlegg G (Vedlegg F i NTK) inneholde en leveranseplan for når selskapets leveranser skal leveres, men planen vil som oftest kun markere leveringsperioder, for eksempel at komponentene skal leveres i tidsrommet mellom 1. april og 1. juni. Spørsmålet som da oppstår er om levering den 1. juni fra selskapets side vil medføre at leveransen er forsinket, eller om levering innenfor den fastsatte tidsramme alltid vil bety at leveringen er rettidig.

Ordlyden gir ingen veiledning her. En måte så se det på er å falle tilbake på kreditormorasynspunkter. Hvis selskapet leverer så sent at leverandøren ikke kan oppfylle sine forpliktelser uten større innsats enn hva han med rimelighet kunne

forvente å måtte bruke, må det da antas at det foreligger et kontraktsbrudd. Selskapet må i et slikt tilfelle sies å være «forsinket» med sine leveringer, og varslingsplikten for leverandøren vil oppstå.¹²⁹ Bevisbyrden må i slike tilfeller påligge leverandøren; det er han som må påvise *når* selskapet skulle levert for at han skulle oppfylt kontraktens krav.¹³⁰

På den annen side har leverandøren en leveranseplan å forholde seg til. Han kan ikke forvente at selskapet alltid skal levere lenge før utgangen av det tidsrommet som fremgår av leveranseplanen; hvis det var slik ville jo en slik plan være et ubrukelig surrogat for eksakte leveringsdatoer. Noe av poenget med en leveranseplan er jo nettopp at selskapet også skal kunne ha muligheten til å levere mot slutten av tidsperioden som fremgår av planen. Det vil heller aldri være noen fare for at selskapet legger opp sin strategi slik at han alltid leverer i siste liten; det er jo selskapet som har den største interessen i at prosjektet ikke skal bli forsinket. Konklusjonen må derfor i utgangspunktet være at levering innenfor den fastsatte tidsramme vil bety at leveringen er rettidig.

I de tilfeller der oppfyllelsesfrist ikke fremgår av kontraktens dokumenter må man falle tilbake på art. 4.4 (i NTK art. 4.5) som slår fast at i de tilfeller der kontrakten ikke angir frister skal selskapet levere sine ytelser «innen rimelig tid». For hva som ligger i standarden «innen rimelig tid» vises det til diskusjonen i del 3.1. Bestemmelsen vil imidlertid ikke gi noe særlig mer veiledning enn hva kreditormorasynspunktet redegjort for ovenfor vil gi. Hvis selskapet leverer så sent at leverandøren ikke kan oppfylle sine forpliktelser uten større innsats enn hva han med rimelighet kunne forvente å måtte bruke, kan ikke dette sies å være levering «innen rimelig tid».

Ifølge art. 27.1 annet ledd har leverandøren også en «tilsvarende rett» ved «mangelfull oppfyllelse av ytelser» fra selskapet som når selskapet leverer «forsinket». Men hva er det som utløser varslingsplikten i slike tilfeller? Er det selve mangelen eller er det den påfølgende forsinkelsen eller de påfølgende økte kostnadene som utløser

¹²⁹ Kaasen (2006) s. 690.

¹³⁰ NS 8405 art 20.2 pålegger byggherren å samordne sine leveranser og annen medvirkning slik at oppfyllelsen skjer i så god tid at «entreprenørens planlegging og fremdrift ikke hindres eller forsinkes i forhold til entreprenørens produksjonsopplegg.»

varslingsplikten? Løsningen må følge av art. 27.2. Her fremgår det at leverandøren må fremsette krav om endringsordre uten ugrunnet opphold «etter at han har oppdaget kontraktsbruddet.» Det er derfor leverandørens oppdagelse av misligholdet som er avgjørende for når varslingsplikten oppstår, ikke hvilken virkning misligholdet eventuelt har.

Det er for mangelfull oppfyllelse etter art. 27.1 annet ledd, som ved selskapets forsinkelse etter art. 27.1 første ledd, et vilkår for at varslingsplikten skal utløses at den mangelfulle oppfyllelsen utgjør et kontraktsbrudd, jf. art. 27.2. Som ved forsinkelse er det sentrale ved vurderingen hva det etter kontrakten forelå en plikt for selskapet til å yte. Skal selskapet levere ventiler av størrelse 10 til leverandøren, men kommer i skade for å levere ventiler av størrelse 1, er det klart at det er levert et avvik fra kontrakten og at dette må karakteriseres som en mangel etter art. 27.1. Leverandøren må i et slikt tilfelle varsle når han oppdager feilleveransen.

Det er imidlertid ikke alltid at kontrakten spesifiserer hvilke egenskaper som selskapets leveranser skal ha, og det vil i slike tilfeller være vanskelig å vurdere hva som utgjør et kontraktsbrudd. Skulle kontrakten bare spesifisere at selskapet skal levere rør, men ikke noe om rørenes kvalitet, vil utgangspunktet være at selskapet kan levere de rørene det selv vil. Det må imidlertid trekkes en grense for selskapets valgfrihet i så måte; leverer selskapet rør som leverandøren ikke kan føye sammen i modulen, må det sies å foreligge en mangel ved selskapets leveranser som utløser en varslingsplikt for leverandøren.

Når det gjelder selskapets prosjektering er det også vanskelig å konstatere om det foreligger en mangel. Kravene til prosjekteringsytelsen er som oftest mer flytende angitt.¹³¹ Kontrakten gir således ikke holdepunkter for hvilke kriterier som prosjekteringsytelsen skal møte; dette har naturlig nok sammenheng med at det er opp til selskapet hvordan prosjekteringen skal være utformet og hva som er egnet for selskapets formål. Man må imidlertid kunne oppstille visse minstekrav til prosjekteringen. Det må for eksempel være mulig å bygge etter

¹³¹ Kaasen (2006) s. 695.

prosjekteringsdokumentene, og leverandøren må ha krav på at de ulike elementer i prosjekteringen passer sammen. På den annen side kan ikke leverandøren forvente at tegningene og spesifikasjonene ikke inneholder en eneste mangel eller uoverensstemmelse. Det er i praksis ganske så vanlig med uoverensstemmelser i prosjekteringsmaterialet.¹³²

Som nevnt i oppgavens del 3.1 må art. 27 ses i sammenheng med art. 6 om leverandørens undersøkelsesplikt. Spørsmålet er hvordan leverandørens varslingsfrist etter art. 6.1 og 6.2 sammenfaller med leverandørens varslingsfrist etter art. 27.2. De mangler som oppdages under undersøkelsene som leverandøren er pålagt etter art. 6 er jo ofte de samme mangler som vil utgjøre en mangelfull oppfyllelse etter art. 27. Vil dermed oppdagelsen av mangler eller uoverensstemmelser etter art. 6 tilsi at fristen etter art. 27 også begynner å løpe?

Det er ikke gitt at leverandøren oppdager kontraktsbruddet samtidig som han oppdager en mangel eller uoverensstemmelse etter art. 6. Det som oppdages under undersøkelsen vil selvsagt være utgangspunktet for selskapets mangelfulle oppfyllelse etter art. 27, men det kan tenkes at leverandørens varsel om funn under undersøkelsene etter art. 6 ikke medfører noen konsekvenser for ham i form av økte kostnader eller forsinkelse. Varsler for eksempel leverandøren om at de mottatte tegningene vedrørende rørstøtter og utrustningsstål er av en dårligere kvalitet enn hva kontrakten tilsier, vil ikke dette påvirke leverandøren i sitt arbeid med tilvirkningen. Mangelen vil således ikke kunne kvalifisere til rettigheter etter art. 27.

Bestemmer imidlertid selskapet seg for å erstatte de tilsendte tegninger kan situasjonen bli en annen. Selskapet må da meddele leverandøren gjennom en endringsordre at det vil foreta en retting. Dette kan for eksempel føre til en forsinkelse for leverandøren. Her vil oppdagelsen av kontraktsbruddet skje når leverandøren mottar en instruks fra selskapet om at selskapet vil få rettet tegningene som leverandøren har mottatt.

¹³² Se dommen inntatt i Petrius 1997 s. 1 flg. [1993] for et tilfelle der over 1 100 kollisjoner i prosjekteringsmaterialet ble ansett for å være for mye, og der dette derfor utgjorde et kontraktsbrudd fra selskapets side.

Et annet spørsmål er hvilken type kunnskap leverandøren må ha om kontraktsbruddet for at varslingsplikten skal oppstå. Er det nok at leverandøren burde ha kunnskap om kontraktsbruddet? Både praksis og teori taler for at leverandøren må være kjent med de faktiske forhold som objektivt innebærer kontraktsbrudd fra selskapet, og dessuten de omstendigheter som gjør forholdet til kontraktsbrudd.¹³³ At leverandøren *burde* hatt slik kunnskap er irrelevant, han må faktisk ha hatt kunnskapen før varslingsplikten oppstår.

3.4.2 Når skal varsel gis?

Etter art. 27.2 skal leverandøren fremsette endringsordrekravet sitt «uten ugrunnet opphold» etter at han har oppdaget kontraktsbruddet hvis han vil beholde sine rettigheter under kontrakten. Jeg viser til behandlingen av denne fristen i art. 16.1 for en utfyllende analyse av hvilke momenter som gjør seg gjeldende ved avgjørelsen av når det må varsles.

Det kan imidlertid vanskelig tenkes gode grunner for leverandøren til å vente med å kreve endringsordre etter at han har oppdaget kontraktsbruddet. Sett hen til at varselet, her da endringsordrekravet, kun skal informere selskapet om at det vil bli gjort gjeldende et endringsordrekrav vil leverandøren ikke ha mye tid på seg. Det vil ikke være «grunnet» om han for eksempel bruker tid på å utrede konsekvensene av selskapets mislighold.

3.4.3 Konsekvensen av manglende varsel

Konsekvensen av manglende varsel fra leverandørens side er etter art. 27.2 at leverandøren taper «retten til å påberope seg» selskapets kontraktsbrudd som grunnlag for endringsordre. Her overføres da alle konsekvensene av selskapets kontraktsbrudd over til leverandøren som om det var leverandørens egne. Man ser da hvor viktig det er for leverandøren å overholde sine varslingsplikter, og hvor tett varslingsplikten er knyttet opp mot risikofordelingen i kontrakten. Hvis han misligholder sin varslingsplikt står leverandøren i fare for å bli ansvarlig ikke bare for kostnadene med å rette opp selve feilen, men også kostnadene som feilen kan medføre i form av forsinkelse og økte kostnader. Ombygningskostnader representerer ofte store kostnader, så ansvaret kan bli

¹³³ Se uttalelser inntatt i Rt. 2009 s. 160 og Kaasen (2006) s. 700.

stort. Selskapet må imidlertid alltid levere kontraktsmessig, manglende varsel vil ikke endre kontraktens krav til riktig oppfyllelse fra selskapets side.¹³⁴

NF 05 regulerte kun de tilfellene der leverandøren ble påført forsinkelser, men ikke økte kostnader. Under revisjonen av NF 05 til NF 07 ble dette ordnet, og både NF 07 og NTK 07 inneholder nå en komplett regulering av alle konsekvenser av selskapets kontraktsbrudd.

Det kan imidlertid reises spørsmål ved hva konsekvensen av at leverandøren ikke har oppfylt sin varslingsplikt etter andre bestemmelser i kontrakten skal være i forhold til denne kontraktsjusteringen som skal foretas i henhold til art. 27. I de tilfeller der leverandøren ikke oppfyller sine forpliktelser etter art. 6, slår art. 27.1 annet ledd siste setning selv fast at justering av kontraktsforpliktelsene i et slikt tilfelle ikke skal foretas «i den utstrekning forsinkelsen» skyldes at leverandøren ikke har varslet etter art. 6. Selskapet har her bevisbyrden for at rettidig varsel ville ha ført til at selskapet hadde rettet en mangel i tide til at leverandøren ikke ville ha blitt påført ulemper.¹³⁵

Ordlyden i art. 27.1 annet ledd siste setning omfatter imidlertid kun forsinkelsestilfellene. Hvis leverandøren ikke oppfyller sin undersøkelses- og varslingsplikt etter art. 6, og dette kun fører til «økte kostnader» og leverandøren varslar innen fristen i art. 27.1, kan dette tale for at leverandøren kan kreve endringsordre utstedt etter art. 27.2 for de økte kostnader som mangelen påfører ham. Det kan virke rart at kontraktskonsipistene har gjort en slik sontring mellom følgene av forsinkelse og økte kostnader.¹³⁶ Men all den tid kontrakten er så utførlig detaljregulert på dette punkt, kan man ikke se vekk fra ordlyden i bestemmelsen. Leverandøren må derfor kunne kreve endringsordre utstedt etter art. 27.2 for de økte kostnader som mangelen har påført ham, selv om han ikke skulle ha oppfylt sin varslingsplikt etter art. 6.

Skulle selskapets ytelser være forsinket det er bare den alminnelige varslingsregel i art. 11.1 som vil pålegge leverandøren en varslingsplikt. Art. 27.1 annet ledd er taus om

¹³⁴ Kaasen (2006) s. 700.

¹³⁵ Kaasen (2006) s. 696.

¹³⁶ Kaasen (2006) s. 698 mener dette skyldes uoppmerksomhet fra kontraktskonsipistene.

hvilke konsekvenser det skal ha for justeringen av fremdriftsplan og/eller kontraktspris at leverandøren ikke har oppfylt sin varslingsplikt etter art. 11.1 annet ledd. Dette kan tale for at leverandørens manglende varslingsplikt etter art. 11 ikke skal tillegges vekt i dette henseende. I samme retning taler det forhold at art. 27.1 kun nevner at justering ikke skal foretas når det foreligger brudd på varslingsplikten etter art. 6.

Det vil imidlertid være kontraktsbrudd fra leverandørens side om han ikke varsler etter art. 11.1. Norsk rett anerkjenner ikke at man skal kunne profitere på eget kontraktsbrudd. Da kontrakten ikke regulerer tilfellet, er det klart at man må kunne utfylle kontrakten med bakgrunnsretten, og løsningen må derfor være at leverandøren ikke kan kreve å bli holdt skadesløs gjennom endringsordre etter art. 27 for den virkning av selskapets forsinkelse som ville vært unngått dersom han hadde gitt riktig varsel om egen forsinkelse i henhold til art 11.1.¹³⁷

¹³⁷ Slik også Kaasen (2006) s. 692.

3.5 Art. 28

Art. 28 regulerer forholdet mellom partene i de tilfellene der det oppstår en force majeure-situasjon. Utgangspunktet etter kontrakten er som tidligere nevnt at der en plikt ikke overholdes foreligger det kontraktsbrudd. Etter art. 28 blir imidlertid denne kontraktsplikten suspendert eller endret ved force majeure. Alle de virkninger ikke-oppfyllelse ellers skulle hatt ifølge artikkel 24-27 suspenderes etter denne bestemmelsen. Denne virkningen av force majeure er imidlertid betinget av at den rammede part varsler den annen innen visse frister. Art. 28 inneholder to varslingsplikter for leverandøren, en i art. 28.2 og en i art. 28.3 tredje ledd.

Varslene etter art. 28.2 og 28.3 tredje ledd har ulike hovedformål. Varsel etter art. 28.2 plasseres i gruppen av varsler som for leverandøren skal hjelpe ham *unngå erstatningsansvar*, mens varsel etter art. 28.3 tredje ledd plasseres i gruppen av varsler som skal hjelpe ham *beholde rettigheter*.

3.5.1 Art. 28.2

3.5.1.1 Hva utløser varslingsplikten?

Etter kontrakten vil «Force Majeure» kunne utløse en varslingsplikt for den rammede part. Force majeure er i kontraktens art. 1.8 definert som «en hendelse utenfor en parts kontroll som han ikke burde ha forutsett da Kontrakten ble inngått og som han heller ikke med rimelighet kan ventes å overvinne eller avverge virkningene av.» Begrepet er inspirert av det kjøpsrettslige kontrollansvar, og det sentrale uttrykk er «hendelse utenfor en parts kontroll».¹³⁸

Etter bestemmelsen vil enhver force majeure-situasjon kunne utløse en varslingsplikt for den parten som vil påberope seg force majeure. Heri ligger også det spesielle med denne bestemmelsen; den rammede part må «vil[le] påberope seg» force majeure før man kan si at det foreligger en varslingsplikt.¹³⁹ Dette er et rent subjektivt forhold, noe som kan bety at det kan gå lang tid fra hindringen oppstår til den rammede vil påberope

¹³⁸ For en utførlig drøftelse av force majeure-begrepet og hvilke hendelser som omfattes, se Mestad (1991) s. 259 flg. og Kaasen (2006) s. 710 flg.

¹³⁹ Etter kontrakten Skip 2000 Art. IX.2 (a) utløses varslingsfristen også ved et sterkt subjektivt element ved at «Verkstedet blir klar over eller burde blitt klar over årsaken til slik forsinkelse som beskrevet [force majeure], som medfører at Verkstedet vil kreve at det er berettiget til å utsette Leveringsdato etter Kontrakten [min utheving].»

seg den. Vilkåret er etter min mening et svært dårlig utgangspunkt for en varslingsfrist; det vil i etterkant av varslingssituasjonen være nærmest umulig for motparten å skulle bevise at medkontrahenten «vil[le] påberope seg» force majeure før han gjorde det. Det har blitt tatt til orde for at ordlyden må tolkes slik at varsel må gis når leverandøren har den informasjonen som tilsier at det er aktuelt å påberope seg situasjonen som force majeure.¹⁴⁰ Denne tolkningen er i tråd med formålet bak bestemmelsen som jo er å skulle gi selskapet informasjon om at det har oppstått en force majeure-situasjon så fort som mulig. Uten en slik presisering av ordlyden ville varslingsregelen fremstått som en karikatur av en varslingsregel og jeg er derfor enig i at man må innfortolke en slik presisering i varslingsregelen etter art. 28.2.¹⁴¹

3.5.1.2 Når skal varsel gis?

Varsel skal ifølge art. 28.2 gis «så snart som mulig» etter at den rammede vil påberope seg force majeure-situasjonen. Ordlyden er streng, leverandøren må varsle så raskt som fysisk mulig etter at varslingsplikten er utløst.

Som skrevet i forbindelse med tidligere varslingsfrister i denne oppgaven vil varslingsfristen blant annet bero på hvilke krav som stilles til varselets innhold. Hensynet bak varslingsregelen i art. 28.2 er at motparten skal få informasjon om situasjonen så raskt som mulig, slik at også han kan ivareta sine interesser når det foreligger en force majeure-situasjon. Varselet er derfor tenkt å være et «nøytralt» varsel, der det kun informeres om hvilken situasjon som har oppstått, på samme måte som man i kjøpsretten opererer med en nøytral reklamasjon som senere blir underbygd med etterfølgende spesifikasjon i en spesifisert reklamasjon.¹⁴² I dette tilfellet vil det «spesifiserte» varselet være det varsel som leverandøren etter art. 28.3 er pålagt å gi selskapet, se om denne bestemmelsen nedenfor. Varselets funksjon etter art. 28.2 ligner således på det som leverandøren etter art. 11.1 annet ledd skal gi i tilfeller der han får grunn til å anta at arbeidet ikke kan utføres i samsvar med fremdriftsplanen. Disse varslene kan falle sammen, men det er da klart at leverandøren er nødt til å påberope seg både problemene med fremdriften og force majeure-situasjonen om han vil forsikre

¹⁴⁰ Mestad (1991) s. 263 flg. og Kaasen (2006) s. 718.

¹⁴¹ NS 8405 benytter samme kriteriet i pkt. 24.4, og fastslår at krav om fristforlengelse skal sendes dersom en part «vil kreve» dette. Marthinussen (2010) s. 310 tolker denne bestemmelsen på samme måte som Kaasen og Mestad gjør for NF/NTK.

¹⁴² Mestad (1991) s. 264.

seg om at han beholder alle sine rettigheter under kontrakten og om han vil forsikre seg mot at han ikke blir erstatningsansvarlig overfor selskapet i tilfelle dette lider tap.¹⁴³

Leverandøren har derfor svært kort tid på seg etter force majeure-situasjonen inntreffer, all den tid det er et lavt innholdskrav til varselet og siden selskapet i en slik situasjon har behov for et raskt varsel.

3.5.1.3 Konsekvensene av manglende varsel

Art. 28.2 angir ikke hva virkningene av manglende varsling er.¹⁴⁴ Som tidligere nevnt vil det ikke være grunnlag for innfortolkning av en preklusjonsregel i kontrakten der dette ikke uttrykkelig fremgår av kontrakten selv, på grunn av preklusjonens positivrettslige art.¹⁴⁵ Manglende varsel etter art. 28.2 vil således ikke medføre rettighetstap etter kontrakten, slik som for eksempel manglende varsel etter art. 27 kan medføre.

Spørsmålet er da om manglende varsel fra leverandørens side etter art. 28.2 i det hele tatt skal sanksjoneres. Art. 28.2 utelukker ikke virkningene som normalt vil følge av bakgrunnsretten.¹⁴⁶ Man må derfor kunne utfylle kontrakten med bakgrunnsretten på dette punkt. Som nevnt ovenfor er dette en type varsel som skal hjelpe leverandøren *unngå erstatningsansvar*. Som vi så i oppgavens del 2.1 er konsekvensen av manglende varsel for varslingsplikter med dette hovedformål at leverandøren kan bli erstatningsansvarlig for det tap som selskapet lider som følge av force majeure-situasjonen, hvis selskapet kunne ha unngått tap om det hadde blitt varslet i tide. Ansvarsgrunnlaget vil, slik varslingsplikten er definert i kontrakten, ikke være noe problem; overtredelse av plikten vil normalt være uaktsomt.¹⁴⁷

¹⁴³ Slik også Kaasen (2006) s. 719.

¹⁴⁴ Løsningen etter NS 8405 pkt. 24.4 jf pkt. 24.3 om force majeure er at entreprenøren taper sitt krav på fristforlengelse dersom han ikke varsler byggherren om situasjonen.

¹⁴⁵ Visstnok ble det under forhandlingene forut for NF 92 drøftet å innføre en uttrykkelig preklusjonsregel i art. 28.2 Dette skjedde aldri, og det fremgår ikke av møtereferatene hvorfor man utelot dette forslaget fra revisjonsarbeidet. Se Kaasen (2006) s. 719 nederst i petit-avsnitt.

¹⁴⁶ Slik også Borchsenius (1989) s. 174, Mestad (1991) s. 265 og Kaasen (2006) s. 719.

¹⁴⁷ Kaasen (2006) s. 719.

3.5.2 Art. 28.3

3.5.2.1 Hva utløser varslingsplikten?

Etter art. 28.3 må leverandøren varsle ved å kreve endringsordre utstedt «innen 14 dager etter at Force Majeure-situasjonen har opphørt» om han vil justere fremdriftsplanen som følge av det inntrådte. Ordlyden kan tale for at det er opphørselen av force majeure-situasjonen som utløser varslingsplikten for leverandøren hvis han vil justere fremdriftsplanen i Vedlegg C. Bestemmelsen må imidlertid ses i sammenheng med art. 28.2, og det er da selve force majeure-situasjonen som utløser varslingsplikten for leverandøren. Ordlyden «innen 14 dager etter at Force Majeure-situasjonen har opphørt» angir bare når fristen går ut. En annen ting er at leverandøren som oftest ikke vil ha oversikt over hvilke konsekvenser force majeure-situasjonen medfører før den er over, slik at hans varslingsfrist i praksis ikke blir noe særlig mer enn 14 dager, men det forandrer ikke det faktum at varslingsplikten etter kontrakten utløses av selve force majeure-situasjonen. Varslingsplikten etter art. 28.2 og etter 28.3 utløses således samtidig. Forskjellen er at det «nøytrale» varsel etter art. 28.2 skal gis «så snart som mulig», mens det «spesifiserte» varsel etter art. 28.3 skal gis innen 14 dager etter at force majeure-situasjonen har opphørt.

Begrunnelsen for denne forskjellen ligger i formålet bak disse to varslene. Varsel etter art. 28.3 har et litt annet formål enn varsel etter art. 28.2. I art. 28.3 er det behovet for å identifisere mulige tvister så tidlig som mulig som er det fremtredende, i tillegg til at selskapet bør gis anledning til å vurdere å pålegge forseringstiltak før det er for sent. I tilfeller der det inntreffer force majeure-situasjoner kompliseres ofte årsaksbildet, slik at det i etterkant blir nærmest umulig å fastslå om det var årsaker som leverandøren eller selskapet var ansvarlige for som medførte forsinkelsen eller ekstrakostnaden. Dette er også en av grunnene til at kontraktskonsipistene har lagt inn denne preklusive varslingsregelen i art. 28.3.

3.5.2.2 Når skal varsel gis?

Art. 28.3 inneholder en av de få absolutte fristene i NF 07 og NTK 07. Kontrakten er klar på at det må varsles «innen 14 dager» etter at force majeure-situasjonen har

opphørt. Etter art. 1.3 er én dag «en løpende kalenderdag når ikke annet er fastsatt.» Selve varslingsfristens lengde vil være forskjellig fra situasjon til situasjon, men vil selvfølgelig alltid være minst 14 dager lang. Den skjønnsmessige frist i art. 16.1 annet ledd om at det må varsles «uten ugrunnet opphold», som ellers gjelder når leverandøren krever en justering av kontrakten, gjelder altså ikke her jf. for så vidt også art. 16.6 som sier at «krav om Endringsordre må fremsettes innen utløpet av den frist som fastsatt i henholdsvis art. 27.2 og art. 28.3 (min utheving).»

Det kan imidlertid være uklart hva som skal være utgangspunktet for denne siste 14-dagersfristen som markerer utgangen av varslingsfristen. Ifølge bestemmelsens ordlyd vil spørsmålet løses ved at situasjonen ikke lenger kvalifiserer som force majeure *under kontrakten*. Leverandørens subjektive syn på situasjonen må derfor være irrelevant, det er kontraktens ordlyd som bestemmer hvorvidt man står overfor en force majeure-situasjon eller ikke. Men heller ikke denne innfallsvinkelen vil alltid gi klare svar på når de siste 14 dagene av varslingsfristen begynner å løpe, blant annet fordi vurderingen av offergrensen kan endre seg mot slutten av en force majeure-situasjon.¹⁴⁸

3.5.2.3 Konsekvensen av manglende varsel

Kontrakten sier ikke eksplisitt hva konsekvensen av manglende varsel er. Den slår bare fast at leverandøren har en plikt til å fremsette krav om justering av fremdriftsplanen «etter reglene art. 12-16» innen 14 dager etter at force majeure-situasjonen har opphørt. At kontrakten her ikke inneholder en klar preklusjonsbestemmelse taler for at leverandøren ikke umiddelbart taper sine rettigheter om han oversitter fristen, og at dette er en såkalt ordensforskrift. En slik tolkning av bestemmelsen ble også lagt til grunn i en ekspertavgjørelse av 10. oktober 1989.¹⁴⁹ Dette taler for at man her må utfylle kontrakten med bakgrunnsretten for å fastslå virkningene av manglende varsel. Siden varselet har som formål å *beholde rettigheter* så vil leverandøren i et tilfelle av manglende varsel kunne tape sine rettigheter etter kontrakten etter en viss tid, se oppgavens del 2.3.

¹⁴⁸ Kaaen (2006) s. 724.

¹⁴⁹ Petrius 1996 s. 157 flg. [1989].

Ekspertavgjørelsen nevnt ovenfor har imidlertid vært kritisert i teorien, en kritikk jeg er enig i.¹⁵⁰ Kontrakten henviser selv til endringsordresystemet i art. 12-16. Dette taler etter min mening for at kontraktskonsipistene har ment at manglende varsel skal ha preklusiv virkning, slik manglende varsel etter art. 12-16 har det. I samme retning trekker det faktum at art. 16.6 slår fast at «krav om Endringsordre må fremsettes innen utløpet av frist som fastsatt i henholdsvis art. 27.2 og art. 28.3.» Konsekvensen av manglende varsling må derfor være at kravet om skadesløsholdelse prekluderes om ikke leverandøren varsler «uten utgrunnet opphold», jf. art. 16.6 og 16.1 annet ledd.¹⁵¹

Virkningene er dermed at leverandøren er bundet av den opprinnelige fremdriftsplanen. Dette kan medføre forsinkelsesansvar for leverandøren, herunder heving fra selskapets side i de mest ekstreme tilfeller.

¹⁵⁰ Se bl.a. Kaasen (2006) s. 723 i petitavsnitt.

¹⁵¹ Slik også Borchsenius (1989) s. 188, Mestad (1991) s. 263 og Kaasen (2006) s. 723.

4 Avsluttende bemerkninger

Som vi har sett pålegges leverandøren en omfattende varslingsplikt etter NF 07 og NTK 07. Kontraktene inneholder til dels utførlige regler om hva som utløser varslingsplikten, når det må varsles og hva konsekvensen av manglende varslingsplikt er. Kontraktene er imidlertid ikke alltid klar på disse punktene, og det kan til tider være utfordrende å skulle fastslå det nøyaktige innholdet av leverandørens varslingsplikter. Et sammenvevet risikobilde og kontraktens systematikk bidrar til ytterligere å komplisere forståelsen av disse punktene.

På tross av dette må kontraktene sies å være relativt klart utformet i forhold til leverandørens varslingsplikter. Arbeidet som reguleres i kontraktene kjennetegnes nettopp av kompliserte og krevende forhold, kontraktsobjektene skal ofte installeres i værharde områder og teknologien som benyttes i arbeidsprosessen er ofte grensesprengende og ny. Men også logistiske og arbeidsadministrative forhold er kompliserte, arbeidspresset er høyt og det er få rom for feilskjær. Dette gir seg da selvfølgelig utslag i at kontraktene også blir kompliserte, og nettopp derfor mener jeg kontraktskonsipistene har klart å utforme relativt klare varslingsregler for leverandøren, forholdene tatt i betraktning.

Der kontraktene ikke regulerer spørsmålene som har blitt analysert har vi sett at kontraktene heller ikke stenger for en utfylling fra bakgrunnsretten. I de tilfellene der kontraktskonsipistene således ikke har maktet å detaljregulere spørsmålene vil svaret som oftest klart fremgå av bakgrunnsretten, slik at dette i grunn ikke er et stort problem. Uklarheter bør imidlertid kunne fjernes. Revisjoner av de uklare punkter vil ytterligere kunne forbedre kontraktene, og føre til et sikrere og mer forutsigbart arbeidsmiljø for partene, som i den ytterste konsekvens vil kunne bidra til større verdiskaping ved at konfliktnivået mellom partene blir mindre. Og kontraktspartene har i denne forbindelse i kontraktens protokoller (NF 07s protokoll pkt. 7 og NTK 07s protokoll pkt. 2) en klar oppfordring til nettopp å revidere og forbedre kontraktene ved neste korsvei, en oppfordring jeg håper de benytter seg av.

5 Litteraturliste

Standardavtaler

- Hydro 1983: *«Alminnelige kontraktsbetingelser for industrileveranser, utarbeidet i samarbeid mellom Norsk Hydro a.s og Mekaniske Verksteders Landsforening.»*
- LOGIC: *Standard Conditions of Contract for the U.K. Offshore Oil and Gas Industry (including Guidance Notes) for Construction. Edition 2, October 2003*
- MVL/NIFO: *«North Sea Offshore Lump Sum Construction Contract, a modell contract negotiated between NIFO, the Norwegian Industry Association for Operating Companies and M.V.L., the Federation of Norwegian Engineering Industries, between June 1981 and December 1983.»*
- NF 07: *Norsk fabrikkasjonskontrakt 2007*
- NTK 07: *Norsk totalkontrakt 2007*
- NSC 05: *The Norwegian Subsea Contract 05*
- NS 3430: *Norsk Standard NS 3430, 1. utg. (1991)*
- NS 8405: *Norsk Standard NS 8405. Norsk bygge- og anleggskontrakt, 2. utg. (2008)*
- NS 8406: *Norsk Standard NS 8406. Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt, (2006)*
- Skip 2000: *Standard Form Shipbuilding Contract 2000*

Statoil 1983: *Den norske stats oljeselskap a.s Byggekontrakt Standard kontraktsvilkår. Utarbeidet i samarbeid med og akseptert av MVL*

Bøker

- Barbo (1997) Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold. Om håndtering av endringer og endrede forhold i kontraktspraksis*. Oslo 1997
- Hagstrøm (1997) Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett utvalgte emner*. Oslo 1997
- Hagstrøm (2003) Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Magnus Aarbakke. *Obligasjonsrett*. Oslo 2003
- Kaasen (2006) Kaasen, Knut. *Petroleumskontrakter: med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Oslo 2006
- Knoph (1939) Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder*. Oslo 1939
- Krüger (1989) Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett*. Bergen 1989
- Marthinussen (2010) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS 8504 med kommentarer*. Oslo 2010
- Mestad (1991) Mestad, Ola. *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*. Oslo 1991
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette. *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo 2007
- Sandvik (1966) Sandvik, Sigurd. *Entreprenørrisikoen*. Oslo 1966
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse. *Prekontraktuelt Ansvar*. Oslo 1997
- Woxholth (2009) Woxholth, Geir. *Avtalerett*. Oslo 2009

Artikler

- Almelöv (1986) Almelöv, Jörgen. *Den norske stats oljeselskap byggekontrakt, standard kontraktsvilkår*. I: Innføring i petroleumskontrakter/Jörgen Almelöv ... (et al.). Del 3. Oslo 1986
- Bjelland (1994) Bjelland, Asle. *Risikoen for underleveransesvikt i Norsk Fabrikasjonskontrakt 1992 (NF 92)*. I: Marius nr. 207 (1994)
- Borchsenius (1989) Borchsenius, Fredrik Charlo. *Norsk fabrikasjonskontrakt 1987: en kommentar*. I: Marius nr. 172 (1989)
- Brannsten (2005) Brannsten, Erik. *Hvem har risikoen når underleverandøren svikter? Rammeavtalebestemmelsen i NTK 05 artikkel 8.3*. I: Industribygging og rettsutvikling, Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum. Bergen 2005. S. 259-275
- Gisvold (1983) Gisvold, Marius. *FoU-kontrakter i petroleumsvirksomheten*. I: Kontrakter i petroleumsvirksomheten/Lars Olav Askheim, Marius Gisvold og Jan Kaare Tapper. Oslo 1983. S. 235-425
- Høeg-Rasmussen (2005) Høeg-Rasmussen, Annikken. *Erstatning for mangler etter ellers gjeldende regler? NF 92 artikkel 25.3, tredje ledd*. I: Marius nr. 328 (2005). S. 64-79
- Kaasen (1988) Kaasen, Knut. *Fabrikasjonskontrakten: utvikling under avvikling av kontraktsforhold*. I: Lov, dom og bok:

- festskrift til Sjur Brækhus 19. juni 1988. Oslo 1988. S. 309-323
- Kaasen (2009) Kaasen, Knut. *Formalisme i komplekse tilvirkningskontrakter*. I: Tidsskrift for Forretningsjus 2009. S. 48-70
- Knudzon (2003) Knudzon, Stephen. *Problemstillinger knyttet til "back-to-back" kontrakter i offshoreentreprise*. I: Marius nr. 302 (2003). S. 41-60
- Marthinussen (2010) Marthinussen, Karl og Heikki Giverholt. *Varsel og krav i entreprisestandardene – tap av rettigheter?* I: På rett grunn: Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo 2010. S. 304-327
- Monsen (2010) Monsen, Erik. *Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser*. I: Jussens Venner 2010. S 147-203
- Nisja (2004) Nisja, Ola Ø. *Konfliktløsningsmekanismer i byggekontrakter*. I: Marius nr. 314 (2004)
- Simonsen (1999) Simonsen, Lasse. *Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene*. I: Jussens Venner 1999. S. 305-398
- Svarva og Hagstrøm (1999) Svarva, Helge Morten og Viggo Hagstrøm. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 1999. S. 814-830
- Tapper (1983) Tapper, Jan Kaare. *Fabrikasjonskontrakter*. I: Kontrakter i petroleumsvirksomheten/Lars Olav Askheim, Marius Gisvold og Jan Kaare Tapper. Oslo 1983. S. 73-234

Tørum (2010)

Tørum, Amund Bjøranger. *Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise – illustrert med endrings- og varslingsreglene og arbeidsplikten*. I: På rett grunn: Festschrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo 2010. S. 453-489

Lover

1918

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 (Avtaleloven)

1979

Lov om foreldelse av fordringer av 18. mai 1979 nr. 18 (Foreldelsesloven)

1988

Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27 (Kjøpsloven)

1997

Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av bustad m.m. av 13. juni 1997 nr. 43 (Bustadoppføringslova)

Forarbeider

Ot. Prp. Nr. 80 (1986-1987)

Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11. april 1980

Dommer

Høyesterett

Rt. 1938 s. 602

Rt. 1994 s. 581

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2003 s. 1132

Rt. 2009 s. 160

Rt. 2010 s. 961

Lagmannsrett

LB-2001-3116

Tingrett

Stavanger byretts dom av 17. juni 1993 (1132/1991A) - publisert i PetrIus 1997 s. 1

Voldgiftsdommer

Voldgiftsdom av 23. mai 1989 – publisert i ND 1989 s. 318

Voldgiftsdom av 7. april 1988 – sitert i Kaasen (2006) s. 427

Voldgiftsdom av 26. januar 1993 («Peconor-dommen») - sitert i Kaasen (2006) s. 433

Voldgiftsdom av 9. april 1996 – publisert i PetrIus 1997 s. 101

Ekspertavgjørelser

Ekspertavgjørelse av 10. oktober 1989 – publisert i PetrIus 1996 s. 157

Ekspertavgjørelse av 5. desember 1989 – publisert i PetrIus 1995 s. 1

Ekspertavgjørelse av 2. mai 1990 – publisert i PetrIus 1995 s. 145

Ekspertavgjørelse av 19. august 1994 – publisert i PetrIus 1996 s. 121

Andre kilder

Åm-utvalget *Økt utvinning på norsk kontinentalsokkel: En rapport fra utvinningsutvalget.* Oslo 2010

<http://www.regjeringen.no/upload/OED/pdf%20filer/Oktutvinning.pdf> [sitert 24. april 2011]

Kaasen-utvalget

NOU 1999:11 Analyse av investeringsutviklingen på kontinentalsokkelen. Oslo 1999

<http://www.regjeringen.no/Rpub/NOU/19991999/011/PDFA/NOU199919990011000DDDPDFA.pdf> [sitert 24. april 2011]

Nils Henrik Petterson

Foredragsdisposisjon fra foredrag ved petroleumjuridisk klubb. 2. mars 2010

Standard Norges nettsider

<http://www.standard.no/>

Norsk Industris nettsider

<http://www.norskindustri.no/>

Samtale med tidligere jurist i Norsk Hydro ASA, våren 2011

